
V
B
J
C
J
B

Abhandlung über den Pflichttheil

nach dem gemeinen Rechte
mit
angehängten Abweichungen
des
österreichischen Provinzialrechtes.

Herausgegeben
von
Dominik Edlem von Glogowiec
Grzymala Glogowski
aus Galizien von Niewirkow im Zamoscer Kreise
gebürtig.

Bey Gelegenheit seiner Vertheidigung der beygefügten Sätze
aus sämmtlichen Rechts - und politischen Wissenschaften
zur Erlangung der juridischen Doktorswürde
auf der hohen Schule zu Wien.

Wien,
gedruckt bey Matthias Andreas Schmidt,
k. k. Hofbuchdrucker.
1797.


BIBLIOTHECA
VNIV. IAGELL.
CRACOVIENSIS.

Dem

Hochgebohrnen Herrn Herrn

Leopold

des heiligen römischen Reichs Grafen

von

Clari und Aldringen,

Herrn der Herrschaften Dobriczan, Tuchorzitz, und Welleditz im Königreiche Böhmen, Seiner k. k. apost. Majestät Kämmerern, geheimen Rathe, und obersten Justizpräsidenten.

In

tiefester Ehrfurcht

geweihet.

Hochgeborner Reichsgraf

Gnädiger Herr!

Alt hergebrachte Sitte ist es, daß Schriftsteller in den Zueignungsschriften die Vorzüge, und Verdienste derjenigen, deren Schutz sie anflehen, der Welt in vollem Lichte darzustellen sich bemühen. Den ergiebigsten Stoff hierzu würde einem beredten Manne der Ruhm des uralten Geschlechtes der Clari und Aldringen, die Vortrefflichkeit des persönlichen Charakters Eurer Excellenz, und die Geschichte Ihres unermüdet thätigen Lebens darbiethen. Allein mir erlaubt weder das Gefühl der Unzulänglichkeit meiner rednerischen Talente, noch die allgemein bekannte Bescheidenheit Eurer Excellenz, die mit dem Bewußtseyn des gewirkten Guten zufrieden, allem öffentlichen Lobe gerne ausweicht, der eingeführten Sitte zu folgen.

Ich

Ich werde daher nichts von dem ruhmvollen Andenken sagen, das sich die glorreichen Ahnen Eurer Excellenz durch ihren Heldenmuth, Patriotismus, und Eifer in Verwaltung der wichtigsten Militär- und Civildienste seit Jahrhunderten bey der spätesten Nachwelt gestiftet haben. Mit Stillschweigen will ich die edelsten Eigenschaften des Herzens und Verstandes, und die erhabensten Tugenden übergehen, die seit der frühesten Jugend die unzertrennlichen Gefährten des Lebens Eurer Excellenz waren; denn wer ist wohl, der die gränzenlose Güte, die herablassende Leutseligkeit, die ausgebreiteten Kenntnisse, die hohe Achtung für die Wissenschaften, die tiefe Weisheit, die durchgreifende Gerechtigkeitsliebe, und strenge Un-

par-

partheilichkeit, die ungeheuchelte Frömmigkeit, und so viele andere vorzügliche Geistes- und Gemüthsgaben Eurer Excellenz nicht kennt, liebt, und bewundert? Ganz unberührt will ich Eurer Excellenz ausgezeichnete Verdienste um den Staat lassen, welche die einzige Ursache Ihres ununterbrochenen Aufsteigens zu höheren Staatswürden waren, und in gleichem Verhältnisse mit diesem immer fort wuchsen. Zeuge dessen ist Prag, wo Eure Excellenz am Rathstische des Appellationsgerichtes so oft die glänzendsten Beweise Ihrer ausnehmenden Einsichten im Rechtsfache und Ihres unwandelbaren Justizeifers ablegten. — Zeuge ist Eger, das Sie wegen Ihres vortrefflichen Charakters eben so bald liebgewann, als anhaltend

wegen

wegen Ihrer grossen Pünktlichkeit in Besorgung aller Amtsgeschäfte verehrte. — Zeuge ist Herrmanstadt, das Sie den wichtigen Posten eines Thesaurars im Großfürstenthum Siebenbürgen mit der emsigsten Genauheit, und der gewissenhaftesten Redlichkeit verwalten sah. — Zeuge ist Brünn, wo Sie in der Eigenschaft eines Präsidenten des königlichen Tribunals im Marggrafthum Mähren wegen Ihrer Klugheit in Leitung der Geschäfte eben so bewundert, als wegen der Gerechtigkeit in Behandlung derselben geschätzet wurden. — Zeuge endlich ist die Haupt- und Residenzstadt Wien, die zuerst die besondere Weisheit, und rastlose Thätigkeit Eurer Excellenz als Vicepräsidenten der böhmisch - österreichischen Hofkanzley kennen lern-

te

te — dann Ihre grosse Rechtserfahrenheit, und unerschütterliche Tugend in der Würde eines zweyten Präsidenten der obersten Justizstelle nicht genug anrühmen konnte, und endlich, als Sie zur wohlverdienten Belohnung an die Spitze der Gerechtigkeitspflege der ganzen weitläufigen österreichischen Monarchie gestellet wurden, in Ihnen täglich neue Vorzüge eines musterhaften obersten Justiz-Ministers entdeckt. Der vorzüglichste Beweis aber ist das unbegränzte Zutrauen, das unsere Durchlauchtigsten Monarchen beständig in Ihre Person setzten; und die allgemeine Liebe und Hochachtung der sämmtlichen österreichischen Staatsbürger, von denen Tausende es laut verkündigen, daß sie ihre Wohlfahrt Eurer Excellenz unaufhör-

hör-

hörlichen Sorgen und Bemühungen zu verdanken haben, deren wohlthätige Früchte sich so weit verbreiten, daß selbst die Einwohner des entfernten Galiziens frohlockend reichlichen Antheil daran nehmen.

Und eben dieses ist es, was in mir, einem gebornen Galizier, hauptsächlich den Wunsch rege machte, Eurer Excellenz durch Zueignung gegenwärtiger Blätter meine tiefste Ehrfurcht, und innigste Dankbarkeit bezeigen zu dürfen. Ich schätze mich glücklich, daß Eure Excellenz meiner demüthigsten Bitte Gehör gaben. Belieben also Eure Excellenz den mangelhaften Versuch eines Anfängers, der freilich nicht nach seinem innern,

nur

nur geringen Werthe, sondern nach der guten Absicht des Verfassers beurtheilet werden muß, als ein Pfand meines künftigen Bestrebens, ein nützlicher Bürger des Staates zu werden, und als ein Merkmahl jener unbegränzten Ehrfurcht und Hochachtung gütigst anzunehmen, mit der ich ersterbe

Eurer Excellenz

unterthänigst = gehorsamster

Dominik Edler von Glogowiec
Grzymala Glogowski.

Volitare in foro, haerere in jure ac praetorum tribunalibus, judicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac jure certetur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, caeterarumque rerum innumerabilium jure versentur, cum omnino quid suum, quid alienum, quare denique civis, an peregrinus, servus, an liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae. — Quid si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de jure civili, quod tandem os est illius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia juris audet accedere? *Cic. de Orat. Lib. I.* 38.

Fremant omnes licet, dicam, quod sentio: bibliothecas me hercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII. tabularum libellus, siquis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere, et utilitatis ubertate superare. *Cic. de Orat. Lib. I.* 44.

Inhalt.

§. 16.

§. 36.

An=

Anhang

aus dem österreichischen Provinzialrechte.

§. 56. Nach dem österreichischen Provinzialrechte haben Aeltern und Geschwister auf einen Pflichttheil keinen Anspruch.

§. 57. Wohl aber die Kinder.

§. 58. Der Pflichttheil der Kinder beträgt soviel, als nach dem römischen Rechte.

§. 59. Ob uneheliche Kinder den Pflichttheil zu fordern haben?

§. 60. Ob adoptirte Kinder?

§. 61. Die im römischen Rechte bestimmten Enterbungsursachen gelten auch in Oesterreich, dazu kommt aber noch eine neue Enterbungsursache.

---

§. 1.

§. 1.

Woher der Name Pflichttheil (portio legitima) zu leiten sey, hat Westenberg sehr weitläufig behandelt (a). Durch welches Gesetz aber der Pflichttheil zuerst eingeführt wurde, streiten die Rechtsgelehrten unter einander. Cujacius ist der Meinung, er sey durch die legem gliciam eingeführt worden; allein es ist sehr zweifelhaft, ob jemals eine lex glicia existirt habe; Geschichtschreiber, und Rechtslehrer machen davon nicht die geringste Erwähnung; und Bruchstücke oder andere Spuren von einer lege glicia hat man bisher gar nicht auffinden können. Daß nach der florentinischen Ausgabe der Pandekten die L. 4. ff. de inoff. test. die Ueberschrift führe: Gajus lib. singulari ad legem gliciam, beweiset noch nicht, daß sie exi-

(a) Man sehe: Joan. Ortwini Westenbergii opera omnia curante Joanne Henrico Jungio edita Hanoverae et Luneburgi 1746. gegen das Ende des ersten Toms.

existirt habe. Denn die meisten Rechtslehrer (b) sprechen die florentinische Ausgabe nicht von allen Fehlern frey. Wenn man aber auch zugeben will, daß dieses Gesetz wirklich im römischen Staate vorhanden war, so ist doch keineswegs noch erwiesen, daß der Pflichttheil, und die Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments dadurch eingeführt worden sey.

§. 2.

Duarenus und mehrere andere behaupten, der Pflichttheil sey durch die legem falcidiam eingeführet worden, weil er zuweilen in den Gesetzen falcidia genannt wird (c), und Justinian in der Novelle 92 ausdrücklich sagt, er habe die falcidiam vergrössert, diese Vergrösserung aber könne vermög Novelle 18. Cap. 1. nur von dem Pflichttheile verstanden werden.

§. 3.

Allein es ist wahrscheinlich, daß der Pflichttheil mit der Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments zu einer Zeit, und auf einerley Art entstanden sey. Die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments war aber schon vor dem Jahre 682 nach Erbauung der Stadt Rom in Uebung, wie aus dem Valerius Maximus VII. 8. 7. erhellet, da doch die lex falcidia erst im Jahre 714 gegeben wurde. Daß der Pflichttheil in einigen Gesetzen falcidia genannt werde, steht nicht ent-

(b) z. B. Lauterbach, Bockelm und viele andere.

(c) L. 31. cod. de inoff. test.

entgegen. Denn der Pflichttheil war bey seiner Einführung nicht gleich der vierte Theil der Erbschaft, sondern es hieng von der Beurtheilung der Centumviralgerichte ab, welche Summe hinreichend wäre, um die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments auszuschliessen. Erst da in der Folge die lex falcidia gemacht wurde, war auch der Pflichttheil nach dem Beyspiele der falcidischen Quart auf den vierten Theil bestimmt worden; und darin liegt der Grund, daß der Pflichttheil in den Gesetzen auch oft quarta falcidia genannt wird, so wie auch die quarta trebellianica oft unter dem Namen quarta falcidia vorkommt (d).

§. 4

Der Ursprung des Pflichttheils ist daher folgender: Nach den zwölf Tafelgesetzen konnte ein Erblasser zum Erben einsetzen, wen er wollte (e). Ein Vater konnte daher seine Kinder, die Kinder ihre Aeltern, und die Geschwister einander nach Gefallen enterben, oder übergehen (f). Man hatte auf die natürlichen Triebe und Zuneigung der Aeltern gegen ihre Kinder, der Kinder gegen ihre Aeltern, und der Geschwister gegen einander das Zutrauen gesetzt, daß eine solche

(d) L. 1. §. 19. l. 2. ff. ad Sctum Trebell.

(e) Tab. V. de hered. et tutel. Paterfamilias uti legassit super pecuniae, tutelaeve suae rei, ita jus esto.

(f) Cic. de Orat. Lib. I. cap. 38. L. 11. ff. de lib. et posthum.

Enterbung oder Uebergehung nicht ohne die wichtigsten Gründe geschehen würde.

§. 5.

Die Erblasser mißbrauchten aber dieses Recht, sie enterbten ihre Kinder, Aeltern, und Geschwister aus ganz nichtigen Ursachen (g). Und doch gab es nach den zwölf Tafelgesetzen kein Mittel, ein solches Testament umzustossen. Man fieng nun an, auf ein Mittel zu denken, ein solches unbilliges Testament anzufechten; und die Rechtsgelehrten ertheilten den Rath: Man soll gegen das Testament eine Klage erheben, und zum Grunde anführen, daß der Erblasser nicht vollkommen bey Verstande gewesen seyn müsse, da er mit Erstickung der natürlichen Triebe seine Kinder, mit Hintansetzung der Dankbarkeit seine Aeltern, und mit Verachtung des Bandes der Verwandtschaft seine Geschwister ohne Ursache enterbt, oder übergangen hat. Und wirklich wurde durch die Praxis der Centumviralgerichte nach und nach eingeführt, daß Kinder, Aeltern und Geschwister ein Testament unter dem Vorwande der Blödsinnigkeit des Erblassers oder auch eines

nes

(g) L. 4. ff. de inoff. test. Non est consentiendum (heißt es) parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt, quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti.

nes Irrthums (h) umstossen konnten, wenn sie ohne hinlängliche Ursache enterbt, oder übergangen waren (i). Allein diese Praxis gieng in der Folge so weit, daß man auch den entfernten Verwandten eine solche Klage zuließ (k). Daher wurde durch kaiserliche Verordnungen festgesetzt, daß nur den Kindern, Aeltern, und Geschwistern diese Klage verstattet werden, und auch dann wieder wegfallen sollte, wenn Einer auch nicht auf seinen ganzen Erbtheil, aber doch auf einen gewissen Theil, welcher der Pflichttheil (portio legitima) genannt wird, eingesetzt wäre (l).

§. 6.

(h) Cic. de orat. lib. I. 38. Quae potuit esse causa major, quam illius militis, de cujus morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset, et pater ejus, re credita, testamentum mutasset, et quem ei visum esset, fecisset heredem, essetque ipse mortuus: res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset, egissetque lege in haereditatem paternam testamento exheres filius, nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim?

(i) Jo. Ortwini Westenbergii Diss. I. de portione legitima.

(k) Valer. Max. VII. 7, 3. Jo. Van de Water Obs. I. 12.

(l) §. 1. Inst. L. 21. Cod. de inoff. test.

§. 6.

Also nur die Kinder, Aeltern und Geschwister wurden nach dem neueren Rechte zu der Klage gegen ein Testament, in welchem sie ungerecht enterbt, oder übergangen waren, zugelassen. Diesen Personen muß daher der Pflichttheil im Testamente hinterlassen, oder sie müssen aus gerechten Ursachen davon ausgeschlossen werden (m). Es ist daher nothwendig zu bestimmen, was der Pflichttheil sey, und wem er gebühre? und dann wieviel er betrage?

§. 7.

Der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft, welcher gewissen Personen nach Vorschrift der Gesetze von dem Erblasser hinterlassen werden muß (n). Er gebührt den Kindern, Aeltern, und in einem gewissen Falle den Brüdern und Schwestern (o).

§. 8.

Die Personen, denen der Pflichttheil gebührt, können nicht alle zugleich, sondern nur nach einer gewissen Ordnung darauf Anspruch machen. Hinterläßt der Erblasser Kinder, so haben diese allein, sie mögen

gen

(m) §. 1. Inst. L. 1. ff. de inoff. test. Nov. 115. cap. 3. et 4.

(n) Heinecc. in element. juris civilis secundum ordinem Pandect. Part. II. §. 49.

(o) Nov. I. praef. §. 2. Nov. 89. §. 3. L. 8. §. 8. ff. L. 29. Cod. de inoff. test.

gen Söhne, oder Töchter, gebohren, oder auch nur empfangen, in der väterlichen Gewalt stehen, oder aus derselben bereits entlassen, minderjährig, oder großjährig seyn, den Pflichttheil zu fordern (p). Auch ein Kind, welches in ein Kloster eingetreten ist, hat noch auf den Pflichttheil Anspruch (q). Die Enkel haben nur in dem Falle auf den Pflichttheil ein Recht, wenn ihr Vater oder Mutter vor dem Großvater, oder der Großmutter gestorben ist. Bey Lebzeiten der Aeltern gebührt den Enkeln aus der Verlassenschaft der Großältern kein Pflichttheil. Denn da die Enkel nur vermög des Repräsentationsrechtes den Großältern succedirrn, so gebührt ihnen auch der Pflichttheil nur vermög des Repräsentationsrechtes, einen noch lebenden Vater oder Mutter aber können sie nicht vorstellen.

§. 9.

Von dem Vater können nur die ehlichen, nicht auch die ausser der Ehe erzeugten Kinder (r) den Pflichttheil fordern, wenn diese letzten nicht durch die nachfolgende Ehe, oder durch ein landesherrliches Rescript

(p) §. 1. J. L. 1. l. 14. l. 15. §. 2. ff. l. 7. l. 23. ff. l. 6. p. ff. §. 2. J. de inoff. test.

(q) L. 56. §. 1. Cod. de episc. et cleric.

(r) Unehliche Kinder haben im rechtlichen Verstande keinen Vater, weil er ungewiß ist, und die Regel gilt: Pater est, quem justae nuptiae demonstrant. l. 5. ff. de in jus vocando.

script legitimirt worden sind. Heurathet der Vater die Concubine erst nach dem Tode des mit ihr gezeugten Sohnes, so gebührt dem, von diesem hinterlassenen, Enkel doch der Pflichttheil, weil der Mangel der ehlichen Geburt gehoben ist, und die jetzt eingetretene Bedingung der Ehe auf den Zeitpunkt der Geburt des Sohnes zurückwirkt. Die Mutter muß nicht allein den ehlichen, sondern auch den unehlichen Kindern den Pflichttheil hinterlassen, weil sie immer gewiß ist (s) Die aus einer Blutschande gebornen Kinder haben jedoch nicht einmal von der Mutter den Pflichttheil zu fordern, denn diese können von ihren Aeltern gar nicht zu Erben eingesetzt werden (t). Wenn der Soldat ein militärisches Testament macht, so ist er auch seinen ehlichen Kindern den Pflichttheil zu hinterlassen nicht schuldig (u).

§. 10.

Die adoptirten Kinder können nur von dem Adoptivvater, nicht aber auch von dessen Ehefrau den Pflichttheil verlangen, es mag nun eine Arrogation oder Adoption im eigentlichen Verstande seyn. Denn die Arrogation, und Adoption wirkt nur eine Agnation zwischen dem Adoptivvater, und dessen Agnaten, nicht auch mit dessen Ehefrau. Diese wird nur als eine

(s) L. 29. §. 1. ff. de inoff. test.

(t) Nov. 12. cap. 1. Nov. 74. cap. 6. Nov. 89. cap. 15.

(u) §. 6. J. de Exher. Liber L. 9. l. 10. cod. de test. milit.

eine Stiefmutter angesehen (x). Wenn der mütterliche Großvater den Enkel aus der Tochter noch bey ihren Lebzeiten als Sohn arrogirt oder adoptirt, so hat dieser im eigenen Namen, noch bey Lebzeiten seiner Mutter, von dem mütterlichen Großvater den Pflichttheil zu fordern, weil er jetzt als dessen Sohn und frater civilis seiner Mutter angesehen wird (*).

§. 11.

Doch ist auch in Ansehung des Adoptivvaters noch darauf zu sehen, ob die Arrogation oder Adoption noch bestehe, oder schon wieder durch Emancipation aufgehoben sey? Im ersten Falle muß den Adoptirten und Arrogirten von dem Adoptivvater oder Arrogator so gut, wie den leiblichen Kindern der Pflichttheil hinterlassen werden. Nur ist in Ansehung eines unmündigen Arrogirten eine Ausnahme; dieser hat nicht auf den Pflichttheil, sondern auf die pianische Quart einen Anspruch (y). Im letzten Falle aber haben solche Kinder keinen Pflichttheil mehr zu fordern, wenn sie nicht Descendenten des Adoptivvaters sind. Denn durch die Emancipation hat alle Verbindung, welche durch die Adoption, oder Arrogation

(x) L. 13. l. 23. pr. l. 44. ff. de adopt. §. 2. J. de legit. agn. succ.

(*) l. 23. ff. de adopt.

(y) §. 3. J. de adopt. l. 8. §. 15. ff. de inoff. test. L. 2. cod. de adopt.

gation entstanden ist, wieder aufgehört (z). Die unvollkommen Adoptirten, es mag die Verbindung mit ihnen noch bestehen, oder wieder aufgehoben seyn, haben nie auf einen Pflichttheil Anspruch (a).

§. 12.

Die Kinder können jedoch bey Lebzeiten der Aeltern von ihnen keinen Pflichttheil fordern; theils weil der Pflichttheil ein Theil der Erbschaft ist, die ihrem Begriffe nach erst nach dem Tode eines Menschen vorhanden ist (b), theils weil man auch, um den Pflichttheil zu berechnen, auf das Vermögen sehen muß, welches der Erblasser bey seinem Tode hinterläßt (c). Wenn daher wirklich ein Vater sein Vermögen zu verschwenden anfängt, kann höchstens auf Vorstellung der Kinder ihm die Verwaltung des Vermögens entzogen werden (d).

§. 13.

Das Eigenthum, welches der Rechtsgelehrte Paulus (e) den Kindern auf das Vermögen des Vaters

(z) L. 36. ff. de adopt. et emanc. l. ult. cod. quibus modis jus patr. potest. solv. l. 1. §. 6. l. 4. ff. si tabul. test. nullae extab.

(a) §. 2. J. L. penult Cod. de adopt. et emancip.

(b) L. 1. ff. de act. vel hered. vend.

(c) L. 6. Cod. de inoff. donat.

(d) Myns. 4. obs. 25. Voet. Comm. ad Pand. de inoff. test. n. 51.

(e) L. 11. ff. de lib. et posth. hered. instit.

ters zuschreibt, und weswegen sie heredes sui des Vaters heissen (f), steht nicht entgegen. Denn der Rechtsgelehrte Paulus sagt selbst, es sey dieses kein vollständiges Eigenthum, und bestehe bey Lebzeiten des Vaters mehr in einer blossen Hoffnung, als in anderen Wirkungen. Wenn daher die Kinder ein Verbrechen begehen, worauf die Einziehung des Vermögens zur Strafe bestimmt ist, so kann der Fiskus keineswegs den noch lebenden Vater auf den Pflichttheil des Sohnes belangen, und eben so wenig die Gläubiger des Sohnes, wenn sie auch aus dessen Vermögen nicht gänzlich befriediget werden, weil bey Berechnung des Pflichttheils nur das zur Zeit des Todes des Erblassers vorfindige Vermögen, wovon noch vorher die Schulden und Begräbnißkosten abgezogen werden, in Betrachtung kommt (g). Nur in dem einzigen Falle, wenn die Aeltern in ein Kloster gehen, können die Kinder von ihnen noch bey ihren Lebzeiten den Pflichttheil fordern (h).

§. 14.

(f) §. 2. J. de hered. qualit. et different.

(g) L. 8. §. 9. ff. de inoff. test. l. 8. §. 9. l, 14. §. 9. l. 37. ff. de religios. et sumt. funer.

(h) Auth. *Nunc autem.* Cod. de episc. et cleric. Nov. 5. cap. 5. Auth. *Ingressi* et Auth. *Si quæ* Cod. de S.S. eccles.

§. 14.

Wenn keine solchen Kinder vorhanden sind, denen der Pflichttheil gebührt, alsdann können die Aeltern, Großältern und Urgroßältern den Pflichttheil fordern. Hier ist die Regel zu merken: **Die Erbrechte sind wechselseitig.** Den Aeltern und Großältern muß daher von jenen Kindern der Pflichttheil hinterlassen werden, welche von ihnen, im Falle die Aeltern zuerst verstärben, (i) denselben zu fordern haben. Doch kann bey Kindern, die noch in der väterlichen Gewalt sind, von einem den Aeltern gebührenden Pflichttheile keine Rede seyn, da solche Kinder ein Testament zu errichten nicht berechtiget sind; der Pflichttheil aber immer die Errichtung eines Testaments voraussetzt. Es können zwar die in der väterlichen Gewalt stehenden Kinder ein Peculium militare haben, und darüber ein Testament errichten (k); aber davon sind sie Niemanden den Pflichttheil schuldig (l). Nur ein Geistlicher, der ein Peculium quasi castrense hat, muß seinen ehlichen Kindern, und in deren Mangel seinen Aeltern den Pflichttheil davon hinterlassen (m).

Hat

(i) L. 1. l. 30. ff. l. 28. Cod. de inoff. test.

(k) Pr. I. quibus non est permiss. fac. test. §. 6. J. de milit. test. L. ult. cod. de inoff. test.

(l) L. ult. Cod. de inoff. test.

(m) Nov. 123. Cap. 19. et Auth. *Presbyteros*. Cod. de episc. et cleric.

Hat der Vater dem Kinde pupillarisch substituirt, so kann die Mutter von dem Vermögen eines solchen Kindes auch keinen Pflichttheil fordern (n).

§. 15.

Wenn endlich keine solchen Kinder, und Aeltern vorhanden sind, denen der Pflichttheil gebührt, alsdann haben die Brüder und Schwestern auf den Pflichttheil Anspruch, jedoch nur in dem Falle, wenn ihnen eine schändliche Person vorgezogen wird (o). Hat der Erblasser eine ehrbare Person zum Erben eingesetzt, so ist er seinen Geschwistern nichts schuldig. Eine schändliche Person ist jene, welche ehrlos, oder in der Bedeutung des römischen Rechtes bürgerlich verächtlich ist (quae infamis est, vel levis notae macula laborat) dergleichen nach römischem Rechte die Schauspielerkinder, öffentliche Huren, und Freygelassene waren. Ein unehliches Kind kann nach der richtigeren Meinung eingesetzt werden, ohne daß die Geschwister das Testament umstossen können. Denn uneheliche Kinder hatten bey den Römern alle Rechte, die andern Bürgern zustanden, und konnten zu allen Ehrenstellen gelangen, sie waren also in der bürgerlichen Gesellschaft nicht verächtlich (p). Die l. 3. §. 2.

ff.

(n) L. 8. §. 5. ff. de inoff. test.

(o) L. 27. Cod. de inoff. test.

(p) Heinecc. Syllog. opusc. Exerc. VII. de levis notae macula. pag. 266. seqq.

ff. de decur. steht nicht entgegen; denn dieses Gesetz sagt nur, daß im Falle, wenn ein ehliches und unehliches Kind zugleich um die Dekurionatswürde werben, das erste vorzuziehen sey; daß aber allerdings auch ein unehliches Kind zu dieser Würde gelangen könne.

§. 16.

Aber nicht alle Geschwister haben auf den Pflichttheil Anspruch, sondern nur die fratres germani und consanguinei, und sorores germanæ und consanguineæ, nicht auch fratres und sorores uterini und uterinæ. Die Geschichte ist ein Beweis davon. Nach dem alten Rechte konnten vermög l. 1. ff. et l. 21. cod. de inoff. test. alle Geschwister, fratres germani, consanguinei und uterini ein Testament durch die Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments (querela inoff. test.) umstossen, es mochte nun eine ehrbare, oder schändliche Person zum Erben eingesetzt seyn (q). Constantin der Grosse änderte dieses in l. 1.

(q) In l. 1 ff. de inoff. test. heißt es: Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas, omnibus enim, tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. In l. 21. Cod. de inoff. test. heißt es: Fratris vel sororis filii, patrui, vel avunculi, amitae etiam, et materterae testamentum inoffi-

cio-

l. 1. et 3. Cod. Theodos. de inoff. test., und verordnete, daß nur die fratres germani und consanguinei die Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments haben sollten, und zwar bloß in dem Falle, wenn eine schändliche Person zum Erben ernannt wäre. Constantin sagt zwar, daß nur die fratres germani die Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments haben sollen. Allein höchst wahrscheinlich ist es, daß er unter den germanis auch die consanguineos verstehe. Denn er setzt ja fratres germanos und uterinos einander entgegen, ohne die consanguineos von der Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments auszuschliessen, wie er doch die uterinos ausdrücklich ausgeschlossen hat (r). Die fratres consanguinei werden auch von andern lateinischen Schriftstellern germani genannt.

§. 17.

Justinian schmolz die beiden Constantinischen Gesetze zusammen, und machte die l. 27. Cod. de inoff.

tres

ciosum frustra dicunt; cum nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.

(r) Die Worte der L. 1. Cod. Theodos. de inoff. test. sind: Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur, et germanis tantum modo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis agnatione durante, sine auxilio praetoris petitionis aditus reseretur.

test. daraus (s), worin er verordnet: daß die fratres consanguinei die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments, aber nur in dem Falle haben sollen, wenn eine schändliche Person eingesetzt ist. Justinian setzt zwar in dieser Verordnung *consanguinei*, statt *germani*. Allein er versteht darunter auch die germanos. Vermuthlich dachten die Verfasser des Justinianischen Codex, man möchte das Wort: *germani*, welches in der Constantinischen Verordnung gestanden ist, in der eigentlichen Bedeutung nehmen, und glauben, die fratres consanguinei können keinen Pflichttheil fordern, und keine Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments anstellen, sie setzen daher *consanguinei* statt *germani*. Sie hätten aber besser gethan, wenn sie *germani*, und consanguinei gesetzt hätten.

§. 18.

Es ist also offenbar, daß die fratres uterini nach der l. 27. Cod. de inoff. test. keine Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments anstellen können. Nur ist

(s) Die Worte der L. 27. Cod. de inoff. test. sind: Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem durante agnatione vel non contra testamentum fratris sui, vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur.

ist die Frage: Ob dieses Gesetz nicht durch die Nov. 118. cap. 4. (t) aufgehoben sey, und die fratres uterini zur Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments zugelassen werden? Einige behaupten es (u), und sagen: Der Grund des Gesetzes falle weg, folglich müsse auch das Gesetz selbst wegfallen. Denn die fratres uterini sind bloß deswegen in den Gesetzen des Codex von der Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments ausgeschlossen worden, weil sie keine Agnaten, und Intestaterben waren. Nach der Nov. 118. aber sey der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in der Intestaterbfolge aufgehoben; die Cognaten erben, falls der Erblasser ohne Testament stirbt, so gut,

(t) Die Worte in Nov. 118. cap. 4. sind folgende: Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac foeminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per foeminae personam defuncto jungebantur: Sed in omnibus successionibus agnatorum, cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per foemineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet hujusmodi differentia, secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.

(u) Heineccius in elementis juris civilis. Part. II. §. 51. *. Westenberg in Diss. II. cap. IV. de Legitima.

gut, als die Agnaten, folglich müssen nun auch die uterini zur Beschwerde wider das pflichtwidrige Testament zugelassen werden. — Allein nicht jeder, der ein Intestaterbe ist, kann auch deswegen den Pflichttheil fordern. Denn zur Intestaterbfolge werden auch die entferntesten Verwandten, ja sogar unvollkommen adoptirte Kinder zugelassen, und doch haben sie auf den Pflichttheil keinen Anspruch. Man kann also von dem Intestaterbrechte nicht auf das Recht den Pflichttheil zu fordern schliessen. Schon zu der Zeit, als die l. 27. in den justinianischen Codex gesetzt wurde, erbten die uterini, wenn kein Testament vorhanden war (x), und doch wurden sie in der l. 27. cod. de inoff. test. von der Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments ausdrücklich ausgeschlossen.

§. 19.

Ich komme auf die Frage: Wie viel der Pflichttheil betrage? Nach dem alten römischen Rechte war er ohne Unterschied der vierte Theil dessen, was Einer bey der Intestaterbfolge würde bekommen haben (quadrans portionis ab intestato debitae (y). Nach dem neuen Rechte in Nov. 18. cap. 1. (z) aber

(x) L. 14. Cod. de legit. hered.

(y) Paul. Sent. Recept. IV. 5. Plin. Epist. V. 1. L. 8. §. 8. 9. ff. l. 8. Cod. de inoff. test. L. 21. Cod. fam. ercisc.

(z) Die Worte der *Nov.* 18. in *praef.* und *cap.* 1. sind: Fre-

aber ist der Pflichttheil zuweilen die Hälfte, zuweilen der dritte Theil der ganzen Verlassenschaft.

Frequenter et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis, et benevolis *filiis*, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur, jam etiam debitum vocant: *solum triuncium* definierunt ex necessitate relinqui: reliquum vero jacet in voluntate parentum: et capiunt quidem cognati omnia et extranei, vel cum libertate servi: filii vero licet multi consistant: etiamsi nihil offenderint parentes, confunduntur: et *triuncium dividunt solum*, vel si decem forte, aut amplius fuerint: et pauperes erunt filii patris, donec vixerit, idonei. *Cap. I.* Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescentes: talique modo determinare causam, ut si quidem unius est filii pater aut mater: aut duorum vel trium vel quatuor: *non triuncium* eis relinqui solum; *sed etiam tertiam propriae substantiae partem*: hoc est *uncias quatuor*: et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerint filios, *mediam eis totius substantiae reliqui partem, ut sexuncium sit omnino, quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo*: et hoc non sub injusta circumstantia rerum (forsan enim ob hoc etiam alii injustitiam patiuntur, et aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus). Sed quod contigerit, unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et quantitate, sive quis illud institutionis modo,

Man muß nämlich auf die Zahl der Personeu sehen, die den Pflichttheil zu forbern haben. Sind eine, zwey, drey oder vier Personen vorhanden, die auf den Pflichttheil Anspruch haben, so ist er der dritte Theil des ganzen Vermögens für alle zusammen; sind aber fünf oder mehrere Personen dazu vorhanden, so ist er die Hälfte des ganzen Vermögens, z. B. wenn das Vermögen in 12000 Gulden besteht, und vier Kinder vorhanden sind, so ist der Pflichttheil für alle 4000 Gulden, für jedes einzelne 1000 Gulden. Besteht aber das Vermögen in 20000 Gulden, und sind fünf Kinder da, so ist ber Pflichttheil für alle 10000 Gulgen, für jedes einzelne aber 2000 Gulden. Mit dem übrigen Vermögen ausser dem Pflichttheile kann der Erblasser nach Gefallen disponiren, und er ist weder den Kindern, noch Aeltern, noch Geschwistern dasselbe zu hinterlassen schuldig (a).

§. 20.

sive per legati, idem est dicere, et si per fideicomissi relinquat occasionem: licebit enim ei reliquum octuncium forte, aut sexuncium habere: et largiri, sicut voluerit, filiis ipsis, aut cuilibet extraneorum: et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere: *hoc observando in omnibus personis, in quibas ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* Add. Nov. 39 et 92.

(a) Dem Gedächtnisse zu Hülfe zu kommen, sind folgende Verse gemacht worden:

Qua-

§. 20.

Eben so ist es bey den Aeltern, und Geschwistern. Die Nov. 18. cap. 1. erhöhet zwar ausdrücklich nur den Pflichttheil der Kinder; und Aeltern können auch nicht mehrere als vier Personen seyn. — Allein sie sagt doch zu Ende: Allen denjenigen Personen gebühre die Hälfte, oder der dritte Theil des ganzen Vermögens als Pflichttheil, denen vorhin der vierte Theil gebührte (b). Es gebührte aber vorhin der vierte Theil nicht allein den Kindern, sondern auch den Aeltern und Geschwistern. Es ist auch nicht wahr, daß Aeltern, das ist, Ascendenten nicht mehrere, als vier Personen seyn können. Denn Urgroßältern können ja acht Personen seyn; und daß mehrere, als vier Geschwister seyn können, ist klar. Gesetzt aber auch, daß nicht mehrere, als vier Ascendenten, oder Geschwister da sind, so ist doch auch für diese Zahl der Pflichttheil vergrössert worden, da er nach dem alten Rechte der vierte Theil dessen war, was Einer bey der Intestaterbfolge würde bekommen haben, und jetzt der dritte Theil des ganzen Vermögens

gens

Quatuor aut infra natis dant jura trientem;
Sed dant semissem, liberi si quinque vel ultra.
Arbitrium sequitur substantia caetera patris.

(b) Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est, heißt es zu Ende Cap. 1. Nov. 18.

gens ist. Obgleich aber der Pflichttheil erhöhet wurde, so ist doch die falcidische Quart, nach deren Beyspiel er zuerst auf den vierten Theil bestimmt wurde, nicht vermehrt worden (c). Es sind daher alle Gesetze, die von einer Vermehrung der falcidischen Quart reden, bloß von der Vermehrung des Pflichttheiles zu verstehen.

§. 21.

Es ist eine praktische Frage, wie viel der Pflichttheil sey, wenn fünf Kinder vorhanden sind; eines derselben aber aus einer gerechten, und bewiesenen Ursache enterbt ist? — Das aus rechtmässigen Ursachen enterbte Kind geht zwar leer aus; doch wird es zum Vortheil der übrigen Kinder mitgerechnet, wenn es auf die Bestimmung des Pflichttheils ankommt. Wenn daher fünf Kinder vorhanden sind, und eines gerecht enterbt wird, so ist der Pflichttheil für die übrigen Kinder die Hälfte, nicht aber der dritte Theil des Vermögens. Denn die Enterbung ist eine Strafe für die begangene Undankbarkeit; eine Strafe aber darf sich nicht weiter, als auf den Schuldigen erstrecken (d).

Das

(c) oben §. 3.

d) In L. 22. Cod. de poenis heißt es: Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia submovebimus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim adfinitas, vel amicitia nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos te-

Das Vergehen des Einen darf den übrigen unschuldigen Kindern nicht schaden, wenn diese den Schuldigen nicht vorstellen (e), sondern vermög eigenen Rechtes (jure proprio.) erben. Eben dieses gilt von Jenen, die die Erbschaft ausschlagen, oder auf die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments Verzicht thun; oder wenn die Töchter zum Vortheil der Brüder von der Erbschaft des Vaters durch Statuten ausgeschlossen werden (f).

§. 22.

Wenn es nun in l. 10. §. 4. ff. de bonorum poss. contra tab. heißt: Der Enterbte mache keinen Theil (g), so bedeutet es soviel, als: Er bekomme nichts

teneant auctores: nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.

(e) In L. 26. ff. de poenis heißt es: Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest. Namque unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur.

(f) In L. 74. ff. de R. J. heißt es: Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, und in L. 155. ff. de R. J. Factum cuique suum, non adversario nocere debet.

(g) Die Worte in L. 10. §. 4. ff. de bon. poss. contra tab. sind: Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum: quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris?

nichts, und dieses ist wahr (h); aber dessen ungeachtet wird er zum Vortheil der übrigen Kinder mitgezählt. Auf diese Art läßt sich dieses Gesetz mit der l. 8. §. 8. de inoff. test. vereinigen, wo es heißt: Exheredatus partem facit; der Enterbte mache einen Theil; das ist, er macht einen Theil in der Zahl der Kinder, er wird mitgezählt, um den andern nicht zu schaden.

§. 23.

Man könnte noch die Einwendung machen, daß der Enterbte für todt gehalten werde (i), und Todte nicht mitgezählt werden. Allein nicht nach den Civilgesetzen, sondern nur nach dem prätorischen Rechte wird der Enterbte für todt gehalten, dergestalt, daß ihm die bonorum possesio contra tabulas, wenn er solche vom Prätor zu erhalten suchen wollte, nicht ertheilt würde, und zwar mit Grund. Denn ist er aus einer gerechten, wahren, und bewiesenen Ursache enterbt, so verdient er keine Unterstützung des Prätors; ist er aber ungerecht enterbt, so geben ihm ja die Civilgesetze die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments,

(h) Vorigen §.

(i) L. 1. §. 5. ff. de conj. cum emancip. lib. wo die Worte vorkommen: Sed etsi patruus eorum, qui erat in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti; *nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur.*

ments, und er hat die Hülfe des Prätors nicht nöthig. Daß in der l. 1. §. 5. ff. de conj. cum emanc. lib. ejus die Enkel des enterbten Sohnes zur bonorum possessionem contra tab. zugelassen werden, liegt der Grund darin, weil sie durch die Emancipation ihres Vaters in dem ersten Grad der väterlichen Gewalt des Großvaters einrückten, und daher gleichsam als Söhne jetzt im eigenen Namen, auf den Erbtheil des Vaters entweder zugleich mit ihm; oder allein, wenn dieser enterbt ist, ein Erbrecht hatten; auf welchen Fall der ganze Titel: de conj. cum emanc. lib. ejus sich bezieht. Daß aber der Enterbte nach dem Civilrechte nicht für todt gehalten werde, zeigt sich daraus, weil man einem auch gerecht Enterbten Vermächtnisse hinterlassen, pupillarisch substituiren, und Vormünder im Testamente bestellen kann, welches alles von einem Todten sich nicht behaupten läßt.

§. 24.

Aber wie kommt es, daß der wirklich Verstorbene nicht mitgerechnet, der Enterbte aber mitgezahlet werde? Der Grund liegt darin: Wenn ein Kind stirbt, so ist dieses kein Verbrechen, und man kann nicht sagen, die Strafe des Schuldigen treffe den Unschuldigen. Wenn aber der Enterbte nicht mitgezählet würde, dann würde die Strafe des Schuldigen den Unschuldigen treffen, womit die l. 33. §. 1. cod. de inoff. test. übereinstimmt.

§. 25.

§. 25.

Man könnte zwar noch sagen: In l. 15. ff. de SCto. Silan. (l) sey doch deutlich verordnet: die Strafe des Einen soll keine Belohnung für den andern seyn, und das würde doch geschehen, wenn der Enterbte zum Vortheil der übrigen Kinder mitgezählet würde. — Richtig! Aber eben so gewiß ist es auch, daß die Strafe des Schuldigen den Unschuldigen nicht treffen soll, oder wie es in l. 33. § 1. Cod. de inoff. test. heißt: Es ist unbillig, daß Einer durch die Strafe des Andern beschweret werde (m), welches doch geschähe, wenn der Enterbte nicht mitgezählt würde, indem der Pflichttheil der übrigen Kinder geringer ausfallen müßte. Wenn die übrigen Kinder den Theil des Enterbten bekommen würden, dann könnte man freylich sagen, daß die Strafe des Einen den übrigen zur Belohnung gereiche; aber dieses geschieht nicht immer. Denn wenn die übrigen Kinder bloß auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzt sind, so bekommt den Theil des Enterbten derjenige Erbe, der nebst den Kindern ohne Beschränkung zum Erben eingesetzt ist; die Kinder haben also keinen Vortheil aus des

(l) Die Worte in L. 15. ff. de SCto. Silan. sind: Poena illius, hujus proemium esse non debet.

(m) Hoc iniquum judicantes, ut alieno odio alius praegravetur, penitus delendum esse sancimus, heißt es in der angeführten L. 33. §. 1. Cod. de inoff. test.

des Enterbten Strafe, sie leiden nur keinen Schaden. Sind aber die übrigen Kinder eben so, wie der fremde Erbe, ohne Beschränkung auf den Pflichttheil, eingesetzt, so wächst der Theil des Enterbten allen Miterben verhältnißmässig durch das Anfallsrecht (jure accrescendi) zu.

§. 26.

Aber auf diese Art könnte es wenigstens im ersten Falle, wenn nämlich die übrigen Kinder den Theil des Enterbten nicht erhalten, einerley scheinen, ob der Enterbte mitgezählt werde, oder nicht. — Nein! Es ist nicht einerley; dessen ungeachtet wird der Pflichttheil der übrigen Kinder grösser seyn. Nehme man den Fall an: daß das Vermögen des Vaters in 24000 Gulden bestehe. Wird der Enterbte mitgezählt, so wird jedes Kind 2400 Gulden zum Pflichttheil erhalten; wird er aber nicht mitgezählt, so erhält jedes Kind nur 2000 Gulden. Uebrigens müssen die Schulden des Erblassers abgezogen werden, bevor der Betrag des Pflichttheils bestimmt werden kann.

§. 27.

Eine andere streitige Frage ist: Wie der Pflichttheil der Enkel berechnet werde? Ich glaube, daß der Pflichttheil der Enkel nicht nach der Anzahl der Enkel, sondern nach der Anzahl derjenigen Personen, die sie vorstellen, und in deren Rechte und Stelle sie treten, berechnet werden müsse; die Enkel mögen nun allein, oder mit Vaters Brüdern concurriren. Denn die Enkel

kel fordern den Pflichttheil nicht vermög eigenen Rechtes (jure proprio), sondern vermög des Repräsentationsrechtes, weil sie ihren Vater vorstellen, und in dessen Platz und Rechte eintreten, da sie sonst von des Vaters Brüdern, die dem Grade nach näher sind, ausgeschlossen würden; und weil es auch ungereimt wäre, daß die Enkel ein stärkeres Recht haben sollten, als ihr Vater hatte, der ein Sohn des Erblassers selbst, und um einen Grad näher ist. Daher auch die Enkel alle zusammen immer nur den Erbtheil ihres Vaters erhalten. Ferner betrug ja nach dem alten Rechte der Pflichttheil den vierten Theil dessen, was Einer bey der Intestaterbfolge würde erhalten haben (n), und doch erbten auch damals die Enkel vermög des Repräsentationsrechtes nach Stämmen (o). Es war also offenbar, daß mehrere Enkel aus einem Sohne zusammen nur den vierten Theil dessen, was ihr Vater bey der Intestaterbfolge würde erhalten haben, als Pflichttheil haben fordern können. Justinian hat zwar in der Folge den Pflichttheil auf den dritten Theil oder die Hälfte des ganzen Vermögens erhöhet (p); keineswegs aber verordnet, daß jetzt die Enkel vermög eigenen Rechtes den Pflichttheil fordern kön=

(n) L. 8. L. 31. Cod. de inoff. test. Nov. I. C. 1. §. 1.

(o) §. 6. J. de hered. quae ab intest. Ferner L. 2. Cod. de suis et legit. lib.

(p) Nov. 18. Cap. 1.

können, um so weniger, als auch nach dem neuesten Rechte (q) die Enkel nur vermög Repräsentationsrechtes erben.

§. 28.

Westenberg aber ist der Meinung (r), daß, wenn bloß Enkel eines Erblassers vorhanden sind, dieselben vermög eigenen Rechtes erben; weil sie das auf Fiktion gebaute Repräsentationsrecht, da sie ohnehin durch keinen näheren ausgeschlossen werden, nicht nöthig haben; daher behauptet er auch, daß der Pflichttheil der Enkel nach ihrer Anzahl zu berechnen sey, sie mögen nun Enkel aus einem einzigen, oder mehreren Söhnen seyn. — Allein daß die Enkel in dem Falle, wenn sie nicht mit Brüdern des Vaters concurriren, vermög eigenen Rechtes erben, widerspricht den deutlichsten Gesetzen (s). Sie erben sowohl nach den älteren, als neuesten Gesetzen vermög des Repräsentationsrechtes nach Stämmen. Es läßt sich daher nicht einsehen, warum die Enkel, wenn sie auch wirklich allein vorhanden sind, vermög eigenen Rechtes auf den Pflichttheil

(q) Nov. 118. Cap. 1.

(r) Loco citato.

(s) §. 6. J. de hered. quae ab intest. L. 2. Cod. de suis et legit. lib. wo die deutlichsten Worte sind: Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato, *non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt.* Nov. 118. Cap. 1.

theil Anspruch haben sollen. Justinian hat nur den Pflichttheil, der bisher der vierte Theil des Intestaterbtheiles war, auf den halben oder dritten Theil des ganzen Vermögens erhöhet (t); nicht aber die Anzahl derjenigen vermehrt, in deren Namen der Pflichttheil gefordert wird, und die vorhin bey Berechnung desselben gezählt wurden; welches doch hätte geschehen müssen, wenn die Enkel vermög eigenen Rechtes, und im eigenen Namen auf den Pflichttheil jetzt Anspruch machen wollten. Justinian berechnet auch in der Nov. 18. cap. 1. den Betrag des Pflichttheils bloß nach der Anzahl der Söhne, und macht von den Enkeln nicht die geringste Meldung; er setzt daher offenbar voraus, daß die Enkel nach den ohnehin schon bestehenden Gesetzen nur vermög des Repräsentationsrechtes, und bloß im Namen ihrer Väter, der Söhne des Erblassers, den Pflichttheil fordern können. Die Meinung Westenbergs ist um so auffallender, da er selbst behauptet, daß, wenn Enkel mit Söhnen des Erblassers concurriren, sie nur nach Stämmen den Pflichttheil fordern können. Warum sollte wohl ein anderes Recht gelten, wenn Enkel allein vorhanden sind, da sie auch in diesem Falle vermög des Repräsentationsrechtes nach Stämmen erben? Würden nicht, nach der Meinung Westenbergs, mehrere Enkel aus einem Sohne dem Tode ihres Vatersbruders mit Sehnsucht

(t) Nov. 18. Cap. 1.

sücht entgegen sehen, um eine grössere Summe als Pflichttheil fordern zu können? Sollten wohl die Gesetzgeber durch ihre Verordnung nur die entfernteste Veranlassung zu einem solchen Wunsch haben geben wollen?

§. 29.

Weil nun die Enkel nur vermög des Repräsentationsrechtes dem Großvater succediren, und daher auch nur im Namen des Vaters auf den Pflichttheil Anspruch haben, so können sie von jenem, falls dieser ein der Enterbung würdiges Vergehen begeht, und vor dem Großvater stirbt, allerdings enterbt werden, welches auch lex 1. §. 6. ff. de conj. cum emanc. lib. ejus. deutlich beweiset, wo die Worte vorkommen: Si pater in potestate manens *exheredatus*, vel institutus sit, *nepotem ex eo*, sive in potestate manentem, sive emancipatum, *ad bona avi neque vocari, neque vocandum esse*, Scaevola ait: toties enim nepoti consulendum est, quoties in potestate retentus est, patre emancipato. Denn nur dann kommt dieses Gesetz den Enkeln zu Hülfe, wenn ihr Vater emancipirt worden ist, sie aber in der väterlichen Gewalt zurückgeblieben sind, weil sie dann durch die Emancipation des Vaters in den ersten Grad der väterlichen Gewalt des Großvaters treten, und folglich im eigenen Namen auf die großväterliche Erbschaft ein Recht haben, §. 2. J. de exhered. liber. und l. 13. ff. de injust. rupt. test.; keineswegs aber, wenn

der

der Vater selbst in der väterlichen Gewalt verblieb', sie daher nicht in den ersten Grad derselben vorrückten, und folglich auch im eigenen Namen von der Verlassenschaft des Großvaters nichts fordern konnten. Ueberdieß würde man bey der entgegengesetzten Meinung zugeben müssen, daß der Vater ein Recht zu dem Pflichttheil auf die Enkel übertragen habe, dessen er sich selbst verlustig gemacht hatte. Ferner vermög l. 7. ff. de collat. müssen sich die Enkel bey der Erbtheilung das anrechnen lassen, was ihr Vater schon bey Lebzeiten widerruflich von dem Großvater erhalten hatte, ohne Unterschied, ob dasselbe noch vorhanden, oder vom Vater verschwendet worden ist; gewiß aus keiner andern Ursache, als weil sie den Großvater nur vermög des Repräsentationsrechtes erben. Gesetzt nun, der verstorbene Vater hätte soviel, als der Pflichttheil beträgt, vom Großvater noch bey seinen Lebzeiten erhalten, und verschwendet: so würden die Enkel gar keinen Pflichttheil aus der großväterlichen Erbmasse mehr zu fordern haben. Kann nun aber der Vater durch Verschwendung den Enkeln den aus der großväterlichen Verlassenschaft gebührenden Pflichttheil entziehen, warum nicht auch durch ein Vergehen, das die Enterbung verdient? Endlich könnten auch die Enkel leicht veranlaßt werden, dem Tode ihres Vaters mit widernatürlicher Sehnsucht entgegen zu sehen, wenn ihnen derselbe aus der großväterlichen Erbmasse den Pflichttheil verschaffte, zu dem sie bey Lebzeiten

des

des Vaters wegen dessen Vergehen kein Recht haben. Wollte man aber vielleicht gar noch bey Lebzeiten des enterbten Vaters den Enkeln aus der großväterlichen Erbmasse den Pflichttheil zusprechen, so würde man den noch lebenden Vater durch die Enkel vorstellen lassen, welches ganz ungereimt ist, und man würde offenbar wider die l. 15. ff. de SCto. Silan, wo verordnet ist, daß die Strafe des Einen einem Andern keinen Vortheil verschaffen soll, anstossen.

§. 30.

Die l. 26. ff. de pœnis, l. 74. und 155. ff. de R. J., dann l. 22. Cod. de pœnis, welche verordnen, daß sich die Strafe nicht weiter, als auf den Verbrecher erstrecken, und keinen Unschuldigen treffen müsse, stehen meiner Behauptung nicht entgegen. Denn diese Gesetze verordnen nur, daß einem Unschuldigen von dem Vermögen, welches er schon wirklich in seinem Eigenthum und Besitz hat, und von den im eigenen Namen ihm zustehenden Rechten wegen des Vergehens eines Andern nicht entzogen werden solle; keineswegs aber kann man die Absicht dieser Gesetze dahin ausdehnen, daß einem Unschuldigen auch jene Rechte erhalten werden, die ihm nicht in seinem eigenen Namen zukommen, sondern die er nur als ein solcher, der einen andern vorstellt, und an dessen Stelle tritt, hätte geltend machen können, wenn dieser durch seine Verbrechen dieselben nicht verwirkt hätte. Den Verlust der letztern Rechte muß ein Unschuldiger nicht als

eine auf ihn ausgedehnte Strafe, sondern als eine natürliche Folge, die das Verbrechen des Andern zufälliger Weise wider ihn herbeyführte, leiden, und als ein Unglück ansehen. Beyspiele von dergleichen unglücklichen Folgen eines begangenen Verbrechens für Personen, die daran keinen Theil genommen haben, liefern uns die Gesetzbücher in Menge. So können vermög II. F. 26. §. 17. und II. F. 31. die unschuldigen Söhne, und weitere Descendenten eines Vasallen, der wegen begangener Felonie sein Lehen verloren hat, darauf keinen Anspruch machen. So stehet nach den österreichischen Kriminalgesetzen den Kindern, die von einem, wegen begangenen Verbrechens entadelten Vater erst nach der Entadelung gezeugt werden, der Adel nicht zu, weil es eine natürliche Folge ist, daß ein unadelicher Vater nicht adeliche Kinder zeugen kann; die vor der Entadelung des Vaters gezeugten Kinder hingegen behalten den Adel, weil er denselben schon eigen ist. Eben so empfinden die schuldlosen Kinder die nachtheilige Wirkung des väterlichen Verbrechens, wenn dasselbe nach den Gesetzen mit der Confiscation bestraft wird.

§. 31.

Noch unbedeutender ist der Einwurf, den man ex l. 33. §. 1. Cod. de inoff. test. zu machen versucht. Justinian verwirft nämlich in diesem Gesetze die Meinung des Rechtsgelehrten Julius Paulus, welcher behauptete, daß die Mutter aus Haß gegen ihren

ren Ehegatten das mit ihm gezeugte Kind enterben könne, und setzt die allgemeine Ursache seiner Entscheidung bey: hoc iniquum judicantes, ut alieno odio alius praegravetur. Nun würden, sagen die Gegner, auch die Enkel alieno odio gekränkt seyn, wenn der Großvater dieselben aus Abneigung und Haß gegen den undankbaren Sohn, ihren Vater, enterben dürfte. — Allein man darf nur den Fall, der bey diesem Gesetze zum Grunde liegt, genau untersuchen, so wird die Unanwendbarkeit desselben auf unsern Fall einleuchtend seyn. Er ist folgender: Der Ehemann hatte sich gegen seine Ehefrau undankbar betragen, und diese enterbte oder übergieng deßwegen das von ihnen erzeugte Kind, damit der undankbare Ehemann keinen Vortheil aus ihrer Verlassenschaft sollte ziehen können, indem er sonst den Nießbrauch von der Erbportion des Kindes als Peculio adventitio ordinario haben würde. Der Rechtsgelehrte Julius Paulus billigte dieses; allein Justinian erklärte es für unbillig, und verordnete, daß das Kind wegen Vergehen des Vaters von der Mutter weder enterbt, noch übergangen werden könne. Jedermann wird die Verordnung Justinians billigen. Aber wie verschieden ist der Fall dieses Gesetzes von dem unsrigen! Hier forderte das Kind den Pflichttheil von der Mutter nicht jure patris, der selbst keinen von seiner Ehefrau zu fordern hatte, sondern es forderte ihn jure proprio, und deßwegen konnte das Vergehen des Vaters gegen seine Frau

dem schuldlosen Kinde nicht schaden. In unserm Falle hingegen fordern die Enkel aus der großväterlichen Erbmasse den Pflichttheil nicht jure proprio, sondern jure patris, den sie vorstellen; sie können daher auch nicht mehr Recht haben, als der Vater selbst; dieser hatte aber das Recht auf den Pflichttheil durch sein zur Enterbung geeignetes Vergehen verloren, und kann daher auf seine Kinder keines mehr übertragen. Endlich macht auch die L. 1. §. 4. ff. de conj. cum emanc. lib. ejus, wo der Prätor die Enkel des enterbten Sohnes zur großväterlichen Erbschaft zuläßt, keine Schwierigkeit; denn dort wird der Fall gesetzt, daß der Vater emancipirt wurde, die Enkel aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters blieben, und durch die Emancipation ihres Vaters in den ersten Grad der väterlichen Gewalt eintraten; die Enkel konnten daher gleichsam als Söhne jure proprio, nicht aber jure patris exhæredati den Prätor um die bonorum possessionem contra tabulas bitten.

§. 32.

Eben so sehr wird darüber gestritten: ob der älterliche Pflichttheil stäts der dritte Theil (triens) sey, oder auch auf die Hälfte (semissem) steigen könne? Daß der Pflichttheil der Aeltern, und Großältern nur der dritte Theil sey, und nie auf die Hälfte des Vermögens steigen könne, ist gewiß, da Aeltern nicht mehr als zwey, und Großältern nicht mehr

als

als vier Personen seyn können; für diese Zahl der Personen aber der Pflichttheil stäts der dritte Theil ist. Sind es aber Urgroßältern, so kann der Pflichttheil bis auf die Hälfte steigen. Denn Urgroßältern können acht Personen seyn; und für eine solche Anzahl der Personen ist der Pflichttheil die Hälfte des Vermögens.

§. 33.

Man könnte zwar einwenden: Wenn es auch möglich ist, daß alle acht Urgroßältern noch leben, so richte sich doch der Pflichttheil der Ascendenten nicht nach der Anzahl der Personen, sondern nach den Linien, deren nur zwey vorkommen, die sich in die Erbschaft theilen, eben so, wie die Enkel nach Stämmen erben; und daher sey der Pflichttheil der Ascendenten stäts nur der dritte Theil, besonders da kein Grund vorhanden ist, warum die entfernteren Ascendenten, die Urgroßältern, mehr erhalten sollen, als die Großältern und Aeltern, die doch dem Grade nach näher sind? — Aber wie will man beweisen, daß sich der Pflichttheil des Ascendenten nicht nach der Anzahl der Personen, sondern nach Linien richte? Wäre dieses, so müßte der Pflichttheil mit der Intestaterbfolge nach ganz gleichen Grundsätzen beurtheilt werden. Dieses ist aber nicht. Denn, im Falle kein Testament vorhanden ist, erben die vollbürtigen Geschwister (fratres et sorores germani et germanæ) mit den Ascendenten zugleich, und können doch

kei-

keinen Pflichttheil verlangen, solang Ascendenten vorhanden sind. Selbst in der Intestaterbfolge, wenn Ascendenten, Brůder, und Brůderskinder da sind, erben die Ascendenten nicht nach Linien, sondern nach Köpfen, die Brůder ebenfalls nach Köpfen, die Brůderskinder aber nach Stämmen. Nur dann erben die Großältern, und Urgroßältern nach Linien, wenn sie **allein** vorhanden sind (u). Von der Intestaterbfolge läßt sich daher kein Schluß auf den Pflichttheil, und testamentarische Erbfolge machen. Weil die Aeltern nur zwey, und die Großältern nur vier Personen seyn können, der Pflichttheil aber nach der Anzahl der Personen, die ihn zu fordern haben, auf ein

Drit-

(u) In Nov. 118. Cap. 2. heißt es: Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur: ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres, aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto: cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur: si autem pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem, nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi vindicare.

Drittel oder die Hälfte des Vermögens gesetzt ist; so kann freylich der Pflichttheil der Aeltern, und Großältern immer nur ein Drittel seyn. Da aber die Zahl der Urgroßältern über vier Personen steigen kann, so muß aus diesem Grunde ihr Pflichttheil alsdann die Hälfte des Vermögens betragen, da sonst die Theile für die einzelnen zu gering ausfallen würden, und ohnehin ein äusserst seltner Fall ist, daß fünf oder noch mehrere Urgroßältern leben.

§. 34.

Noch könnte man fragen, wie viel der großälterliche Pflichttheil sey, wenn die überlebende Ehegattinn mit vier Großältern concurrirt, und jenen Theil fordert, den ihr das gemeine Recht ihrer Armuth wegen zuspricht? Der Pflichttheil der Großältern wird auch in diesem Falle nur ein Drittel seyn; denn die überlebende arme Ehegattinn hat nur ein Recht einen Erbtheil zu fordern, **wenn der verstorbene Ehegatte kein Testament gemacht hat** (x); Der Pflichttheil setzt aber immer ein Testament voraus, und kann daher bey der Intestaterbfolge von einem Pflichttheile nie die Rede seyn. Hat aber der Ehemann ein Testament gemacht, so ist er seiner Ehegattinn keinen Erbtheil schuldig.

(x) Nov. 117. Cap. 5. Auth. *Praeterea* Cod. unde vir et uxor.

§. 75.

Die streitigste Rechtsfrage aber ist wohl diese: Ob der Pflichttheil der dritte Theil, oder die Hälfte des ganzen Vermögens; oder ob er nur der dritte Theil, oder die Hälfte des Intestaterbtheiles sey (an partio legitima sit triens vel semis totius substantiæ, an vero tantum triens vel semis portionis ab intestato debitæ)? Der praktische Nutzen dieser Frage liegt darin: Ist der Pflichttheil der dritte Theil, oder die Hälfte der ganzen Erbmasse, so fällt es größer aus, als wenn er nur der dritte Theil, oder die Hälfte des Intestaterbtheiles ist, **sobald ausser den zum Pflichttheile berechtigten Personen noch andere vorhanden sind, die auf den Fall der Intestaterbfolge Miterben seyn würden, ob sie gleich die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments nicht anstellen können.** Man nehme den Fall an: Der Erblasser habe 60000 Gulden in seinem Vermögen, und hinterlasse vier Kinder, und eine arme Ehegattinn. Wenn der Pflichttheil in diesem Falle der dritte Theil des ganzen Vermögens ist, so wird jedes Kind 5000 Gulden als Pflichttheil erhalten; behauptet man aber, daß der Pflichttheil der dritte Theil des Intestaterbtheiles sey, so wird der Pflichttheil eines jeden einzelnen Kindes nur 4000 Gulden seyn, weil bey der Intestaterbfolge auch die arme Ehegattinn mit den vier Kindern zugleich erbt.

Oder

Oder nehme man an, daß ein Erblasser, dessen Vermögen 60000 Gulden beträgt, bey seinem Tode Vater und Mutter, und zwey Brüder hinterlasse. Ist der Pflichttheil in diesem Falle der dritte Theil der ganzen Erbmasse, so wird der Pflichttheil des Vaters 10000 Gulden, und der Pflichttheil der Mutter eben soviel seyn; statt daß er nur 5000 Gulden betragen wird, wenn man denselben nach dem Intestaterbtheile berechnet, das ist, wenn er den dritten Theil des Intestaterbtheiles ausmacht Ich sagte aber: **Sobald ausser den zum Pflichttheile berechtigten Personen, noch andere Personen vorhanden sind, die auf den Fall der Intestaterbfolge Miterben seyn würden, ob sie gleich die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments nicht anstellen können.** Z. B. so erbt mit den Kindern die arme Ehegattinn, im Fall kein Testament vorhanden ist, ob sie gleich keinen Pflichttheil fordern, und keine Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments anstellen kann. Eben so sind die Aeltern, vollbürtigen Geschwister und deren Kinder des ersten Grades zugleich Intestaterben, und gleichwohl können die Geschwister, so lang die Aeltern des Erblassers leben; die Kinder der Geschwister aber nie einen Pflichttheil fordern, und daher auch keine Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments anstellen. Wenn aber alle concurrirenden Intestaterben den Pflichttheil zu fordern haben, und zu der Beschwerde eines

pflicht-

pflichtwidrigen Testaments berechtiget sind, so macht es freylich in der Summe keinen Unterschied, ob man den Pflichttheil nach dem Intestaterbtheile, oder nach der ganzen Erbmasse berechne.

§. 36.

Die richtigere Meinung scheint mir zu seyn, daß der Pflichttheil der dritte Theil, oder die Hälfte der ganzen Erbmasse, (triens, vel semis totius substantiae) sey, und zwar aus mehreren Gründen:

I. In der Nov. 18. Cap. 1. heißt es: der Pflichttheil sey tertia, vel media pars totius substantiae (y). Ist er nun aber der dritte oder halbe Theil des ganzen Vermögens, so muß er ja nach der ganzen Erbmasse, und nicht nach dem Intestaterbtheile berechnet werden. Der Gesetzgeber hätte sonst sagen müssen, er sey tertia vel media pars portionis ab intestato debitae.

II. In der angeführten Novell heißt es ja ausdrücklich: Vier oder sechs Unzen sollen der Pflichttheil seyn, **und diese sollen zu gleichen Theilen unter die einzelnen Söhne vertheilt werden;** die übrigen sechs oder acht Unzen sollen aber dem Erblasser zur freyen Disposition überlassen bleiben. Offenbar hat also der Gesetzgeber den Pflichttheil

(y) Man sehe Nov. 18. in praef. et Cap. I. Oben §. 19. lit. Z.

theil nicht nach dem Intestaterbtheile, sondern nach der ganzen Erbmasse, die bey den Römern in zwölf Unzen abgetheilt wurde, berechnet.

III. In allen, nach der Nov. 18. kundgemachten Gesetzen wird der Pflichttheil nirgends portio portionis ab intestato debitae genannt, sondern entweder pars legitima, oder pars, quae per leges debetur, oder legibus debita portio (z), da doch Justinian selbst den Pflichttheil vor Kundmachung der 18ten Novell oft quartam ab intestato succesṡionis partem genannt hat (a).

IV. Wäre der Pflichttheil der dritte Theil, oder die Hälfte des Intestaterbtheiles, so würde die Ungereimtheit folgen, daß der Vater oder die Mutter, wenn Kinder des ersten Grades von verstorbenen vollbürtigen Geschwistern mit ihnen concurrirten, nur den dritten Theil oder die Hälfte desjenigen Theils als Pflichttheil erhielten, welchen sie bey der Concurrenz mit diesen in der Intestaterbfolge erhalten hätten, da doch Bruderskinder keine Notherben sind, und keinen Pflichttheil verlangen, folglich auch den Pflichttheil der Aeltern nicht schmälern können. Ferner würde folgen, daß der Pflichttheil der Kinder nicht der dritte Theil oder die Hälfte der ganzen Erb=

(z) Nov. 22. C. 48. Nov. 39. C. 1. Nov. 92. C. 1. Nov. 97. C. 1. Nov. 123. C. 38.

(a) L. 31. cod. de inoff. test. Nov. 1. C. 1. §. 1.

Erbschaft, sondern nur der dritte oder halbe Theil desjenigen Theiles wäre, welchen die Kinder in der Konkurrenz mit der armen Mutter erhalten würden, die doch ebenfalls den Pflichttheil der Kinder nicht schmälern kann, da sie selbst darauf keinen Anspruch hat.

V. Der Grund, welcher den Gesetzgeber bewog, den Pflichttheil zu erhöhen, war, weil dieser ihm für die Kinder allzugering schien *). Eben dieser Grund kann, und muß ihn auch zur Einführung einer in dieser Rücksicht vortheilhafteren Berechnungsart, nämlich nach der ganzen Erbmasse veranlasset haben.

VI. Der Pflichttheil ist als eine gesetzliche Wohlthat für gewisse Erben bestimmt. Sie darf daher auf keine Art durch solche Personen vermindert werden, denen die Gesetze diese Wohlthat nicht verliehen haben; welches doch geschehen würde, wenn bey der Berechnung des älterlichen Pflichttheiles die Geschwister, und bey Berechnung des kindlichen Pflichttheiles die arme Mutter in Anschlag kämen, weil er dann geringer ausfallen würde, als wenn die Geschwister und die arme Gattin des Erblassers nicht mitgerechnet werden.

VII. Wenn die Geschwister durch ein Gesetz von der Intestaterbsfolge ausgeschlossen wären, so würde der

*) Nov. 18. in praef.

der Pflichttheil der Aeltern in dem dritten Theile der ganzen Erbmasse bestehen; eben dieses muß also auch gelten, wenn der Wille des Testators sie ausschließt, da dieser als ein Gesetz befolgt werden muß.

VIII. Die Geschwister, und die arme Ehegattinn concurriren, im Falle ein Testament errichtet worden ist, mit den Aeltern und Kindern nicht auf Befehl der Gesetze, sondern des Testators, wofern dieser sie eingesetzt hat. Unbillig wäre es daher, wenn doch die im Testamente übergangenen Geschwister, oder Ehegattinn den Pflichttheil der Aeltern, oder Kinder vermindern könnten, da sie für diesen Fall auf Befehl der Gesetze nicht mehr concurriren. Quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris? l. 10. §. 4. ff. de B. P. contra tab.

IX. Die Geschwister können in dem Falle, wenn eine ehrbare Person zum Erben eingesetzt ist, die Beschwerde des pflichtwidrigen Testaments nicht anstellen, daher kann auch bey Berechnung des älterlichen Pflichttheiles auf sie nicht Rücksicht genommen werden. Diese Meinung vertheidigen Colmar, (b) und mehrere andere.

§. 37.

(b) Von dem Pflichttheile der Aeltern. Nürnberg 1785.

§. 37.

Dagegen aber behaupten viele ansehnliche Rechtslehrer die entgegengesetzte Meinung aus mehreren Gründen. Sie sagen: In den Gesetzen selbst werde der Pflichttheil ein Theil des Intestaterbtheiles, pars portionis ab inteſtato debitae genannt; die l. 8. und l. 31. cod. de inoff. teſt. wie auch Nov. I. Cap. 1. §. 1. seyen unläugbare Beweise davon (c).

Alles dieses ist zwar richtig. Aber alle diese Gesetze reden offenbar nur von dem Pflichttheile der Kin-

(c) In L. 8. Cod. de inoff. teſt. heißt es: Parentibus arbitrium dividendae hereditatis inter liberos adimendum non eſt: dummodo non minus — is, qui pietatis ſibi conſcius eſt, partis, *quae inteſtato defuncto* potuit ad eum pertinere, quartam ex judicio parentis obtineat.

Der Inhalt der L. 31. Cod. de inoff. teſt. iſt: Sed quod deeſt legitimae portioni, id eſt, *quartae parti, ſcilicet ab inteſtato ſucceſſionis*, tantum repleatur.

In der Nov. 1. C. 1. §. 1. heißt es: Siquis autem non implens, quod diſpoſitum eſt, etiam ex decreto judicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod praeceptum eſt, ſiquidem aliquis illorum fuerit, qui neceſſario ex lege percipiunt, in plus autem, quam quod lex ei dari vult, ſcriptus eſt heres, tantum accipiat ſolum, quantum lex ei dari, *ſecundum quartam ab inteſtato partem* concedit: aliud vero totum auferri.

Kinder, wenn keine arme Ehegattin concurrirt; und in Rücksicht dieser sagt man ganz richtig, daß der Pflichttheil nach dem alten Rechte der vierte Theil, und nach dem neuen Rechte der dritte Theil, oder die Hälfte dessen sey, was die Kinder bey der Intestaterbfolge erhalten hätten. Allein es ist zufällig, daß hier die Sache mit der Intestaterbfolge übereinstimmt, und darum darf es ohne gesetzliche Bestimmung nicht auf einen ganz andern, und verschiedenen Fall erstreckt werden. Eben so könnte man sagen, daß vier Enkel, von welchen zwey immer von einem Vater abstammen, wenn außer ihnen Niemand concurrirt, ihren Großvater nach Köpfen erben, obschon sie eigentlich vermög des Repräsentationsrechtes nach Stämmen succediren; allein ihre Erbfolge stimmt bloß zufällig mit der Erbfolge nach Köpfen überein. Und wenn diese Gesetze auch wirklich von dem Pflichttheile **aller Personen** zu verstehen sind, so ist doch durch die Nov. 18 als das spätere Gesetz der Pflichttheil von parte portionis ab intestato debitae auf partem omnium bonorum erhöhet worden, welches die Worte der Nov. 18. *tertia propriae substantiae pars, uncias quatuor, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo* klar beweisen.

§. 38.

Die Erhöhung des Pflichttheiles, sagen sie ferner, könne sich nicht weiter erstrecken, als in dem abänderenden Gesetze ausdrücklich verordnet ist; Justi-

man würde sonst gewiß wegen einer Abänderung dieser Art seinen gewöhnlichen Bombast in das Proemium der Novell gebracht haben. Aber ist dann Justinians Verordnung, daß der Pflichttheil **nach der ganzen Erbmasse** zu berechnen sey, nicht deutlich genug? Lassen die Worte: *totius substantiae pars, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo*, nur den mindesten Zweifel übrig? Hätte Justinian den Pflichttheil nach dem Intestaterbtheile berechnet haben wollen, so hätte er ohne die größte Ungereimtheit unmöglich sagen können: der Pflichttheil solle *tertia vel media pars totius substantiae* seyn; vier, oder sechs Unzen sollen nach gleichen Theilen unter den einzelnen vertheilt werden (singulis ex aequo quadriuncium, vel sexuncium dividendo), er hätte vielmehr nothwendig die in den älteren Gesetzen vorkommenden Worte: tertia vel media pars portionis ab intestato debitae, beybehalten müssen Daß Justinian nach seiner Gewohnheit im Proemium der Nov. 18. keine Erwähnung von einer Abänderung mache, ist nicht richtig; er zeigt vielmehr seine Verwunderung, daß man den Kindern nicht mehr, als den vierten Theil hinterlassen mußte (d).

Wäre

(d) Nov. 13. in praef. sind die Worte: Frequenter et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis filiis solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui.

Wäre es aber auch wahr, daß Justinian keine Erwähnung einer solchen vorzunehmenden Abänderung in Proemium Nov. 18. gemacht hätte, genug! daß er sie in dieser Novelle Cap. 1. wirklich und deutlich gemacht hat.

§. 39.

Weiter behaupten einige Rechtslehrer: Die Worte der Nov. 18. *totius substantiae pars*, seyen von Kindern zu verstehen, bey welchen damals, weil sie allein in der Intestaterbfolge concurrirten, einerley war, ob man ihren dritten Theil oder ihre Hälfte nach dem Betrag des ganzen Vermögens, oder nach dem Betrag des Intestaterbtheiles berechnete. Daß aber diese Worte nur auf den in der Nov. 18. angenommenen Fall zielen: **Nämlich, wenn Kinder allein in der Intestaterbfolge concurriren**, sehe man daraus, weil Justinian verordnet hat: Daß die vier, oder sechs Unzen, welche den Kindern als Pflichttheil hinterlassen werden müssen (denn nur von dem Pflichttheil der Kinder rede er in Nov. 18.), zu gleichen Theilen unter die einzelnen zu vertheilen seyen. — Allein, daß die Worte: totius substantiae pars, nicht bloß von Kindern zu verstehen seyen, und nicht bloß von dem in der Nov. 18. Cap. 1. angenommenen Falle, **wenn nämlich Kinder allein concurriren**, gebraucht werden können, zeigt sich daraus, weil Justinian zu Ende der Nov. 18. C. 1. verordnet: hoc observando in omnibus personis,

in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Diese Verordnung, wodurch der Pflichttheil bis auf den dritten oder halben Theil der Erbmasse erhöhet worden ist, soll bey allen Personen beobachtet werden, denen nach dem alten Rechte der vierte Theil gebührte. Nach dem alten Rechte gebührte aber der vierte Theil nicht bloß den Kindern, sondern auch den Aeltern, und Geschwistern (e).

§. 40.

Sie wenden noch ferner ein: Die Begünstigung des Pflichttheiles, welche aus der Nov. 18. hervorleuchtet, dürfe nicht zu sehr, und nicht auf Abänderung des alten Rechtes in der **Berechnungsart**, in sofern solche nicht deutlich zu ersehen ist, ausgedehnt werden. Richtig! Aber ist dann die Abänderung des alten Rechtes nicht deutlich genug zu ersehen? Lassen die Worte *totius substantiae pars* in Nov.

(e) Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas: omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. L. 1. ff. de inoff. test.

In L. 8. §. 8. ff. de inoff. test. heißt es: Quoniam autem quartae debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati, et utique faciet. Et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.

Nov. 18. Cap. 1. und *media substantiae pars* in Nov. 22. Cap 48. noch einen Zweifel übrig? besonders, da Justinian in Nov. 22. Cap. 48. nicht undeutlich zu verstehen gibt, daß er einen andern Maßstab den Pflichttheil zu berechnen bestimmt habe; indem er sagt: Er habe den Theil **des Intestaterbtheils**, welchen die Aeltern den Kindern schuldig sind, auf den dritten, oder halben Theil der ganzen Verlassenschaft erhöhet (f).

§. 41.

Justinians Beweggrund, sagen sie, den Pflichtheil zu erhöhen, war, wie man aus der Nov. 18. sieht, nicht Mißfallen an der alten Berechnungsart, sondern die zu geringe Summe desselben. In der Nov. 18. Cap. 2. gebe der Gesetzgeber noch genauer an, worin eigentlich seine Abänderung des alten Rechtes bestehe, da er sagt: **Alle Gesetze in Ansehung des Pflichttheiles, und der Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments sollen in ihrer Kraft bleiben, bloß allein**

 die

(f) Nov. 22. cap. 48. — alioqui semel augentes ab intestato partem omnino filiis relinquendam, et usque ad quatuor quidem filios, quatuor uncias omnino definientes; si autem ultra quatuor sint, *usque ad mediam substantiae partem*: idoneum jam dedimus filiis solatium, non ex parva mensura antiquam eorum angustiam resolventes.

die Quantität des Pflichttheils soll erhöhet seyn (g). Also die Summe des Pflichttheiles allein soll vermehrt seyn. — Allein, ich glaube, beydes, sowohl die alte Berechnungsart, als die zu geringe Summe waren Justinians Beweggrund den Pflichttheil zu erhöhen. Das Mißfallen an der alten Berechnungsart gibt er durch die Worte zu verstehen, **daß von nun an der Pflichttheil, der bisher ein Theil des Intestaterbtheils war, ein Theil der ganzen Erbmasse seyn soll**; und das Mißfallen an der zu geringen Summe zeigt er hinreichend dadurch an, daß er den Pflichttheil von dem vierten Theile auf ein Drittel oder die Hälfte erhöhet hat. Wäre bloß allein das Mißfallen an der zu geringen Summe der Beweggrund von Justinians Verordnung gewesen, so hätte er nothwendig sagen müssen: Der Pflichttheil soll triens vel media pars portionis ab intestato debitae seyn, nicht aber ausdrücklich beysetzen: Er soll tertia vel media pars totius substantiae seyn, er soll vier oder sechs Unzen in sich enthalten, die unter alle gleich zu verthei-

len

(g) Nov. 18. cap. 2. heißt es: omnibus aliis de inofficioso positis legibus, et praecipue nostris, in sua virtute servandis, et de ingratis filiis, et de naturalibus, *praeter solam quantitatem*, quam ad praesens auximus secundum omnes praedictas definitiones.

len sind (i). Richtig ist zwar daher, **daß die Summe des Pflichttheiles allein** erhöhet worden ist, aber doch auf eine zweyfache Art, 1) daß der Pflichttheil nicht der vierte, sondern der dritte oder halbe Theil sey, und 2) daß er nicht der dritte Theil oder die Hälfte des **Intestaterbtheiles**, sondern der **ganzen Erbmasse** sey.

§. 42.

Noch weiter sagen sie: daß in den neuen Gesetzen der Pflichttheil nirgends portio portionis ab intestato debitae genannt werde, sey noch kein sicheres Merkmal einer Abänderung der **alten Berechnungsart**, besonders da in den folgenden Gesetzen von der in Nov. 18. enthaltenen Abänderung stets nur im **Vorbeygehen, ganz kurz,** und **beziehungsweise** Erwähnung gemacht, und selbst in der Nov. 22. Cap. 48. der Pflichttheil noch pars portionis ab intestato debitae genannt wird. — Allein die in der Nov. 18. C. 1. vorkommenden Worte: daß der Pflichttheil pars totius substantiae sey; daß er vier oder sechs Unzen in sich begreife, sind ein sicheres Merkmal einer Abänderung der alten Berechnungsart, um so mehr, da sich die folgenden Gesetze, sey es auch kurz, und nur im Vorbeygehen, nicht auf die alten Gesetze, nach welchen der Pflichttheil portio portionis ab intestato debitae war, son-

(i) Nov. 18. cap. 1. Nov. 22. cap. 48. Nov. 92. in praef.

sondern auf Nov. 18. beziehen. In der Nov. 22. Cap. 48. wird zwar der Pflichttheil der Kinder noch ein Theil des Intestaterbtheiles genannt; wenn man aber den ganzen Zusammenhang der Stelle liest, und gut überlegt, so zeigt sich deutlich, daß Justinian nur sage: **Der Pflichttheil sey ein Theil des Intestaterbtheiles gewesen; er habe ihn aber auf den dritten Theil oder Hälfte des ganzen Vermögens des Erblassers erhöhet.** Die Worte der Novelle selbst sind der beste Beweis davon: alioqui semel augentes ab intestato partem omnino filiis relinquendam, & usque ad quatuor quidem filios, quatuor uncias omnino definientes; si autem ultra quatuor sint, usque ad mediam *substantiæ* partem: idoneum jam dedimus filiis solatium, non ex parva mensura antiquam eorum angustiam resolventes. Man sieht also deutlich, daß durch diese Worte meine Meinung bestärket werde.

§. 43.

Noch machen die Gegner die Einwendung: Der Pflichttheil habe immer eine Beziehung auf die Intestaterbfolge, und müsse mit dieser immer nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden; bey Berechnung desselben müsse man immer auf den statum intestati sehen, das ist, alle Personen, welche Intestaterben gewesen seyn würden, mitrechnen, daher wollen die Gesetze selbst auch die Enterbten und Uebergangenen bey

Bestim=

Bestimmung des Pflichttheils mitgezählt wissen. Wenn dieses nicht geschähe, sagen sie, so könnten die Groß-Aeltern, oder auch Geschwister zuweilen durch den Pflichttheil mehr erhalten, als ihr Intestaterbtheil ausmachte, welches ungereimt wäre. Man nehme z. B. den Fall an: Der Erblasser habe 60000 Gulden im Vermögen, und hinterlasse vier Großältern und zehn Geschwister; oder vier Brüder, und Kinder von zehn verstorbenen Geschwistern; so beträgt der Pflichttheil im ersten Falle für Jeden der Großältern, und im zweyten für einen einzelnen Bruder 5000 Gulden; der Intestaterbtheil aber für eines nur 4285 Gulden, und einige Kreutzer.

§. 44.

Allein, daß der Pflichttheil mit der Intestaterbfolge nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden müsse, ist unrichtig. Denn obgleich Jeder, der den Pflichttheil fordern kann, auch ein Intestaterbe ist; so ist doch dieser Satz umgekehrt nicht richtig. So sind die Aeltern, vollbürtigen Geschwister, und deren Kinder des ersten Grades zugleich Intestaterben; der Pflichttheil aber, und die Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments steht bloß den Aeltern zu, nicht auch den Geschwistern und deren Kindern; die Geschwister haben erst in Abgang der Aeltern, wenn ihnen eine schändliche Person vorgezogen wird, auf den Pflichttheil Anspruch. In der Pflichttheilsforderung läßt sich also keine Concurrenz der Geschwister und Geschwister-

kin-

kinder mit den Aeltern denken, ob sie gleich bey der Intestaterbfolge concurriren. So sind auch die fratres consanguinei und uterini zugleich Intestaterben, und doch haben die letzten nie ein Recht auf den Pflichttheil. So ist auch eine arme Mutter mit ihren Kindern zugleich Intestaterbin, und hat doch auf den Pflichttheil keinen Anspruch. Eben das gilt auch von einem unvollkommen adoptirten Kinde. Wie kann man nun behaupten, daß der Pflichttheil mit der Intestaterbfolge nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen sey? Daß man bey Berechnung desselben alle Personen mitrechnen müsse, welche Intestaterben gewesen seyn würden? Daß bey Bestimmung des Pflichttheils die Enterbten mitgezählt werden, ist richtig; weil sie solche Personen sind, denen der Pflichttheil gebührte, wenn sie sich dessen durch ihre Vergehungen nicht unwürdig gemacht, und ihn daher zur Strafe nicht verlohren hätten, welche aber die Unschuldigen nicht treffen kann; daraus folgt aber keineswegs, daß alle Personen, die bey der Intestaterbfolge concurriren, auch bey Berechnung des Pflichttheils mitgezählt werden müssen, obschon sie auf einen Pflichttheil keinen Anspruch haben. Ich gebe auch zu, daß der Pflichttheil der Urgroßältern und Geschwister, wenn er nach der ganzen Erbmasse berechnet wird, mehr betragen könne, als der Intestaterbtheil ausmachen würde; aber der Fall wird so selten seyn, daß man beinahe sagen kann, er werde sich nie ereignen. Und gesetzt!

daß

daß dieser Fall doch einträte, so würde bey der so grossen Anzahl der Personen, die dann vorhanden seyn müssen, der Pflichttheil gar zu gering ausfallen, wenn er nur ein Theil des Intestaterbtheiles wäre. Vielmehr ist es billig, daß der Pflichttheil der Großältern alsdann grösser ausfalle, weil dieses selbst den Brüdern und deren Kindern, die ungeachtet des Bandes der Verwandtschaft hintangesetzt wurden, vortheilhaft seyn wird, da sie einstens die dadurch vergrösserte Erbschaft der Großältern zu hoffen haben. Es läßt sich daher auch für diesen Fall in der Berechnung des Pflichttheils nach der ganzen Erbmasse keine Ungereimtheit einsehen.

§. 45.

Den stärksten Beweis, daß in der Pflichttheilsforderung, und Beschwerde eines pflichtwidrigen Testaments eben dieselbe Ordnung statt finde, welche in der Intestaterbfolge gilt, und beyde nach gleichen Grundsätzen beurtheilet werden müssen, glauben die Gegner darin zu finden: Weil der Pflichttheil der Enkel nicht nach der Anzahl der Enkel, sondern derjenigen Personen berechnet werde, die sie vorstellen, und in deren Rechte und Stelle sie treten, und weil auch eben so der Pflichttheil der Großältern und Urgroßältern nicht nach der Anzahl der Personen, sondern nach Linien sich richten, gleichwie sie in der Intestaterbfolge nach Linien succediren. Allein es ist zwar richtig, daß sowohl der Pflichttheil als auch der Intestaterbtheil der Enkel nach

der

der Anzahl derjenigen Personen berechnet werde, die sie vorstellen, und in deren Rechte sie treten; daraus folgt aber keineswegs, daß die Pflichttheilsforderung, und Intestaterbfolge nach gleichen Grundsätzen in allen Rücksichten beurtheilt werden müssen. Es ist ganz zufällig, daß bey den Descendenten, wenn keine arme Ehegattin concurrirt, die Grundsätze bey dem Pflichttheile mit den Grundsätzen der Intestaterbfolge übereinstimmen. Wer kann aber daraus den Schluß machen, daß bey allen Personen, die entweder in eigenem, oder eines andern Namen ein Recht auf den Pflichttheil haben, das Nämliche gelte? Von zufälligen Bestimmungen kann ja doch auf durchgängig gleiche Grundsätze nicht geschlossen werden. Unrichtig aber ists, daß der Pflichttheil der Großältern und Urgroßältern nicht nach der Anzahl der Personen, sondern nach Linien sich richte; denn die Succession der Großältern nach Linien gilt nur bey der Intestaterbfolge, wenn keine Geschwister des Erblassers concurriren. Der Pflichttheil hingegen, der immer ein Testament voraussetzt, richtet sich nach der Anzahl der Personen, in deren Namen er gefordert wird. Nun haben aber die Großältern im eigenen Namen, nicht vermög des Repräsentationsrechtes, wie die Enkel, auf denselben Anspruch, da das Repräsentationsrecht bey den Ascendenten sich nicht denken läßt. Wollte man bey den Großältern, und Urgroßältern den Pflichttheil nach Linien berechnen, so würde er manchmal für die einzel-

nen

nen zu gering ausfallen, woran Justinian sein Mißfallen (k) zu erkennen gab; und deswegen kann auch der Pflichttheil bey Urgroßältern auf die Hälfte steigen (l), weil er stäts nach der Anzahl derjenigen Personen berechnet wird, die im eigenen Namen darauf Anspruch haben, da er sonst immer der dritte Theil bleiben müßte, wenn er sich nach Linien richten würde.

§. 46.

Der Pflichttheil muß den Kindern und Aeltern unter dem Titel der Erbeseinsetzung, nicht aber eines Vermächtnisses oder einer Schenkung von Todeswegen hinterlassen werden; legitima liberis et parentibus titulo institutionis relinquenda est. Um den Sinn dieser Regel einzusehen, ist zu merken; Nach dem Rechte der Pandekten, des Codex, und selbst nach der Nov. 18. cap. 1. war es einerley, unter welchem Titel jemand den Pflichttheil erhielt. Eine Person, die den Pflichttheil zu fordern hatte, konnte sich nicht beklagen, wenn sie auch denselben titulo legati, fideicommissi, dotis, oder donationis mortis causa erhielt. Allein Justinian verordnete darauf in der Nov. 115. cap. 3. (m): Die Aeltern sollen die Kinder zu Erben einsetzen,

(k) Nov. 18. in praef.

(l) Oben §. 29. Man sehe auch Westenberg loco citato.

(m) Die Worte in Nov. 115. cap. 3. sind: Sancimus, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel

zen, und es sey nicht genug ihnen den Pflichttheil unter dem Titel eines Vermächtnisses, Fideikommisses, Heuratguts, oder einer Schenkung von Todeswegen zu hinterlassen. Daher wäre das Testament ungiltig, wenn man den Kindern oder Aeltern den Pflichttheil zwar hinterliesse, aber ohne sie zu Erben einzusetzen, z. B. wenn der Erblasser sagte: Meine Tochter soll meine einzige Erbin seyn; mein Sohn soll nichts als den Pflichttheil erhalten (n). Der Satz ist wichtig, und praktisch: Denn ist der Sohn auf den Pflichttheil zu

vel proaviae suum filium vel filiam, vel caeteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento; nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, nisi probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

(n) In Nov. 115. cap. 4. heißt es: Sancimus, non licere liberis parentes suos praeterire, aut exheredare — Si autem haec non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum, habere sancimus. — und cap. 5. heißt es: Haec autem disposuimus, ut et parentes, et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. *Caeterum, si qui heredes fuerint nominati: etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias*

zu Erben eingesetzt, so kann er zuweilen durch das Anfallsrecht (jure accrescendi) mehr vom Vermögen des Vaters erhalten, in dem Falle nämlich, wenn ein Miterbe die Erbschaft nicht haben kann, oder nicht will. Ist er aber nicht zum Erben eingesetzt, sondern der Pflichttheil ist ihm titulo legati, fideicommissi, oder donationis mortis causa angewiesen, so kann dieses nicht geschehen. Ferner wenn der Sohn auf den Pflichttheil zum Erben eingesetzt ist, so wird er mit dem Vater als eine Person angesehen, und muß die Handlungen desselben als seine eigenen gelten lassen (debet facta defuncti praestare), er muß z. B. den vom Vater geschlossenen Miethkonkrakt halten. Bekommt er aber den Pflichttheil unter dem Titel eines Vermächtnisses, Fideikommisses, oder einer Schenkung von Todeswegen, so wird er mit dem Vater nicht als eine Person betrachtet, und ist nicht schuldig die Handlungen desselben als die seinigen gelten zu lassen, z. B. er ist nicht verbunden den Miethkontrakt, und andere Verträge des Vaters zu halten.

§. 47.

Aber man könnte sagen: es heisse ja in der Nov. 115. cap. 5., daß es genug sey, wenn den Kindern, und Aeltern eine gewisse Sache zum Pflichttheil angewiesen wird, wofern sie nur zu Erben eingesetzt sind

alias leges ab heredibus impleri. Add. L. 5. §. 6. Cod. de inoff. test.

sind (o). Es sey aber gewiß, daß der auf eine gewisse Sache eingesetzte Erbe in Ansehung der übrigen als blosser Vermächtnißnehmer (legatarius) angesehen werde, also könne auch nach dem Rechte der Novellen der Pflichttheil titulo legati hinterlassen werden. Richtig ist zwar, daß der auf eine gewisse Sache eingesetze Erbe in Ansehung der übrigen Erben als ein blosser Vermächtnißnehmer angesehen werde, die ihm angewiesene Sache, und weiter nichts bekomme, auch keine Schulden bezahle. Allein wenn die übrigen Erben wegfallen, nicht Erben seyn wollen, oder nicht seyn können, so ist er doch ein wahrer Erbe, und bekommt vermög des Anfallsrechtes die ganze Erbschaft (p). Er ist also nicht schlechterdings, und in aller Rücksicht als ein Vermächtnißnehmer zu betrachten, sondern in gewisser Rücksicht auch als Erbe.

§. 48.

Es ist aber die Frage: Müssen sich die Kinder beruhigen, wenn ihnen der Pflichttheil auf eine gewisse Sache erbeseinsetzungsweise angewieser wird, oder können sie verlangen, daß ihnen andere Sachen zum Pflichttheil herausgegeben werden, z. B. wenn er sagt: Mein Sohn soll Erbe seyn, er soll sich aber mit meinem Wohnhause begnügen? Ich glaube, daß sich die Kinder mit dieser Anweisung befriedigen müssen,

(o) Man sehe Nov. 115. cap. 5. oben §. 42. lit. (n).

(p) L. 1. §. 4. ff. de hered. inst.

ſen, wenn nur die angewieſene Sache ſoviel werth iſt, als der Pflichttheil beträgt; ſonſt würden ſie actionem expletoriam auf die Ergänzung des Pflichttheiles anſtellen können. Denn 1) in der Nov. 115. C. 4. heißt es: Das Teſtament ſoll bey Kräften bleiben, wenn auch die Kinder nur auf eine gewiſſe Sache zu Erben eingeſetzt ſind. Bleibt aber das Teſtament bey Kräften, und dürfen es die Kinder nicht umſtoſſen, ſo müſſen ſie ſich nothwendig mit der angewieſenen Sache begnügen. 2) Das Geſetz gibt den Kindern keine Klage auf die Aufhebung des Teſtaments, ſondern nur auf die Ergänzung des Pflichttheiles. Wären die Kinder nicht verbunden, ſich mit der angewieſenen Sache zu befriedigen, ſo müßten ſie auf die Aufhebung des Teſtaments zu klagen befugt ſeyn (q). 3) In der angeführten Novelle, und in andern Geſetzen, die von dem Pflichttheile, und deſſen Ergänzung handeln (r), kommen die Ausdrücke vor: *adimplere,* re-

(q) In Nov. 115. cap. 5. heißt es: Quidquid autem minus eis legitima portione relictum eſt, hoc ſecundum noſtras alias leges ab heredibus impleri ſancimus.

(r) Die L. 30. Cod. de inoff. teſt. heißt: Omnino teſtatorum voluntatibus proſpicientes, magnam et innumerabilem occaſionem ſubvertendae eorum diſpoſitionis amputare cenſemus: et in certis caſibus, in quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis, vel alio modo ſubvertendis moveri ſolebat actio, certa et ſtatuta lege tam

replere, *implere*. Nun setzt der Begriff, den wir mit dem Ausdrucke: **Repletion, Impletion, Ergänzung** verbinden, zwey Dinge voraus: (a) Eine unvollständige Sache, welche aber eines Zuwachses bis zu ihrer Vollständigkeit fähig ist (b) Eine andere Sache, welche man mit jener ersten in eine Verbindung bringt, damit mittels dieser Verbindung ein vollständiges Ganzes bewirket werde. Diese zweyte Sache tritt

tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut, sive adjiciatur in testamento de *adimplenda legitima portione*, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad *implendam* eam sine ullo gravamine vel mora exigere.

In L. 31. Cod. de inoff. test. heißt es: Quae nuper ad testamenta conservanda, nec facile retractanda sancivimus, ut ratione falcidiae minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, ist est, quartae parti scilicet ab intestato successionis, tantum *repleatur*; exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca jura illibata servamus: etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus.

tritt nicht an die Stelle der ersten, verdrängt sie nicht aus ihrem Platze, sondern vereiniget sich mit ihr. Eine Ergänzungsklage würde aber aufhören, diesen Namen zu verdienen, wenn an die Stelle der angewiesenen Sache andere Erbschaftsstücke gesetzt würden, da dieses nicht ergänzen, sondern surrogiren hieß; die Gesetze aber lassen keine Surrogation Statt finden, sondern verordnen nur eine Vollständigmachung, id, quod deest legitimæ portioni, repleatur, heißt es in den angeführten Gesetzen.

§. 49.

Westenberg (s) ist der Meinung, daß den Kindern der Pflichttheil auch nach der Nov. 115. Cap. 3. unter was immer für einem Titel z. B. eines Vermächtnisses hinterlassen werden könne, wenn sie nur mit anderen zugleich, ausser dem Pflichttheile zu Erben eingesetzt werden, weil Justinian Nov. 115. c. 5. blos das Schimpfliche der Enterbung, oder Uebergehung der Kinder, wenn sie sich keiner Undankbarkeit schuldig gemacht haben, von ihnen abwenden wollte: dieser Zweck, sagt er, sey schon dadurch erreicht, wenn sie mit andern zugleich ausser dem Pflichttheile zu Erben eingesetzt sind, und daher das Anfallsrecht auch so vollkommen geniessen, als wenn sie

auf

(s) loco citato.

auf den Pflichttheil selbst zu Erben eingesetzet wären (t) In der That kann diese Meinung Westenbergs für diesen seltenen Fall etwas für sich zu haben, und dem Geiste des Gesetzes nicht gerade entgegen zu seyn scheinen; da der Schimpf der Enterbung oder Uebergehung der Kinder, wenn sie ausser dem Pflichttheile noch mit anderen zu Erben eingesetzet sind, von ihnen abgewendet ist, welches allein Justinians Absicht gewesen seyn mag. Allein demungeachtet halte ich dafür, daß die Kinder schlechterdings auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzet werden müssen; weil es in Nov. 115. c. 3. geradezu heißt, daß der Pflichttheil nicht unter dem Titel einer Schenkung, eines Vermächtnisses, oder Fideikommisses, noch unter einem anderen Titel den Kindern hinterlassen werden könne.

§. 50.

In Ansehung der Geschwister aber ist es einerley, unter welchem Titel sie den Pflichttheil bekommen. Ein Bruder, oder Schwester kann sich nicht beklagen, wenn ihnen der Pflichttheil auch nur unter dem Titel eines Vermächtnisses oder Fideikommisses hinterlassen wird. Denn nach dem alten Rechte (wie schon oben erin-

(t) Man sehe Nov. 115. cap. 3. oben §. 42. lit. n. cap. 5. heißt es: Haec autem dispoſuimus, ut et parentes, et filios a teſtamentorum injuria liberos reddamus. —

erinnert worden) war es einerley, unter welchem Titel Jemand seinen Pflichttheil erhielt. Justinian verordnete zwar in der Nov. 115. C. 3., daß die Kinder und Aeltern wenigstens auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzt werden sollen, damit das Schimpfliche einer Enterbung, oder Uebergehung von ihnen abgewendet werde; indem die Kinder ihren Aeltern Hochachtung schuldig sind, und die Kinder auch von ihren Aeltern mit dem Titel eines Erben beehrt zu werden wünschen (u). Von den Geschwistern aber macht Justinian nicht die geringste Erwähnung; in Ansehung derselben ließ er daher das alte Recht in seiner Kraft, nach welchem der Pflichttheil unter was immer für einem Titel hinterlassen werden kann (x), besonders da die Geschwister über einen Schimpf der Enterbung oder Uebergehung sich nicht beschweren können, wenn ihnen keine schändliche Person vorgezogen wird.

(u) In Nov. 115. Cap. 5. heißt es: Sola enim est nostrae serenitatis intentio a *parentibus* et *liberis* injuriam praeteritionis et exheredationis auferre. Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt, et eadem a suis parentibus speraverunt. Et similiter qui nunc filii sunt, debent studere parentum animos sanare: quia et ipsi parentes fieri desiderant, et a suis filiis optant honorari.

(x) §. 6. I. de inoff. test. L. 8. §. 1. Cod. de inoff. test. Nov. 18. C. 1.

§. 51.

Der Pflichttheil muß auch frey von aller Beschwerde hinterlassen werden, legitima absque onere relinquenda est. Der Erblasser darf Einem nicht vorschreiben, daß er mit dem Pflichttheile dieses oder jenes thun, oder nicht thun, oder in Ansehung desselben sich etwas gefallen lassen soll; z. B. er kann nicht verordnen, daß seine Kinder den Pflichttheil nicht veräussern, oder der Wittwe den Nießbrauch davon verstatten, ihn nicht auf einmal, sondern nach und nach ausbezahlt erhalten sollen. Er kann also keine Zeit, keine Bedingung, keine Auflage beyrücken, kein Vermächtniß davon zu entrichten auftragen; widrigenfalls wird jede Beschwerde für nicht beygefügt angesehen (y), weil der Pflichttheil von den Gesetzen als eine Schuld betrachtet wird, die der Vater den Kindern zu zahlen hat; der Schuldner aber dem Gläubiger keine Beschwerde auflegen kann. Auch kann der Pflichttheil nicht in einem blossen Fruchtgenusse, oder einer blossen Proprietät bestehen, sondern er muß aus den Gütern des Erblassers, bey welchen Proprietät und Nießbrauch verbunden sind, entrichtet werden (z). Daher kann der Ehemann seiner Gattinn, wenn Kinder oder Aeltern vorhanden sind, den Nießbrauch al-

ler

y)) L. 32. L. 36. pr. et §. 1. Cod. de inoff. test.

(z) L. 36. Cod. de inoff. test.

ler seiner Güter nicht vermachen (a). Will man indessen einem Notherben bey dem Pflichttheile eine Beschwerde auflegen, so muß man ihm ausser dem Pflichttheile noch einen anderen Vortheil zuwenden, und verordnen, daß wenn der Notherbe sich die Beschwerde nicht gefallen lassen will, er nichts als den Pflichttheil haben solle. Wählt nun der Notherbe den über den Pflichttheil ihm zugedachten Vortheil, so hat er sich selbst die Beschwerde auferlegt. Diese Klausel heißt die Socinische Klausel, Clausula Socini, von ihrem Erfinder Marianus Socinus, einem italiänischen Rechtsgelehrten im sechzehnten Jahrhunderte. Will aber der Notherbe sich mit dem Pflichttheile allein begnügen, so kann er es thun, und ist nicht schuldig die beygefügte Beschwerde zu übernehmen. Uebrigens ist schon oben erinnert worden (b), daß, wenn der Notherbe zwar zum Erben eingesetzet, ihm aber weniger, als der Pflichttheil beträgt, angewiesen ist, er das Testament nicht umstossen, sondern bloß mit der Condictione ex l. 30. Cod. de inoff. test., oder wie sie gewöhnlich genannt wird, mit der actione expletoria auf die Ergänzung des Pflichttheiles klagen könne, damit ihm soviel zugeleget werde, als ihm an dem Pflichttheile mangelt.

(a) Nov. 18. Cap. 3. Auth. *Novissima* Cod. de inoff. test., wodurch L. 37. ff. de usuf. legat. und L. 18. Cod. de excus. tut. aufgehoben sind.

(b) Oben 44. Nov. 115. Cap. 5.

§. 52.

Um den Pflichttheil zu berechnen, muß man auf das Vermögen sehen, welches der Erblasser bey seinem Tode hinterläßt (c), so wie dieses auch bey Berechnung der falcidischen Quart geschehen muß (d). Die Nov. 92. Cap. 1. stehet gar nicht entgegen; denn da es unbillig wäre, daß durch pflichtwidrige Schenkungen der Pflichttheil geschmälert werden könnte, so wurde den Kindern das Recht ertheilt, solche Schenkungen in so weit zu wiederrufen, als nöthig ist, um den Pflichttheil zu ergänzen, und daher sagt die Nov. 92., daß man bey Berechnung des Pflichttheils auf die Güter, welche der Vater verschenkt hat, Rücksicht nehmen, und dazu rechnen müsse.

§. 53.

Nothwendig muß man auch wissen, was in den Pflichttheil eingerechnet werde. Einige sagen, alles, was bey der Erbtheilung eingeworfen (conferri) werden muß (e). Allein das Gegentheil ist deutlich in l. pen-

(c) L. 1. ff. de act. vel hered. vend. L. 2. ff. pro hered. L. 6. Cod. de inoff. test. wo es heißt: Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.

(d) §. 2. J. de lege Falc. L. 24. §. 1. L. 66. L. 73. ff. ad legem Falc.

(e) L. 29. Cod. de inoff. test.

l. penult. pr. Cod. de Collat. angeordnet. Man muß daher vielmehr vermög dieses Gesetzes die Regel aufstellen, daß alles in den Pflichttheil eingerechnet werde, was Jemand aus dem Vermögen des Erblassers erhält; dergleichen ist, was der Erbe vermög seiner Erbeinsetzung bekommt, die Vermächtnisse, und Fideicommisse. Schenkungen von Todeswegen, Heuratgut, und Schenkung der Ehe wegen (f), nur kann der ganze Pflichttheil der Kinder und Aeltern nicht in Vermächtnissen ꝛc. bestehen, weil sie darinn zu Erben eingesetzt werden müssen. Jedoch kann das peculium castrense, und quasi castrense, wie auch das peculium adventitium in den Pflichttheil nicht eingerechnet werden (g), eben so wenig die Vorausvermächtnisse (prælegata); denn die Natur derselben zeigt, daß der Erblasser deren Collation nicht wolle (h). Eben so werden auch die Schenkungen zur Belohnung (donationes remuneratoriae) Studienkosten, und Auslagen auf das Doktorat in den Pflichttheil nicht eingerechnet (i), weil der Vater will, daß der Sohn

(f) L. pen. Cod. de collationib. L. 25. ff. de inoff. test. L. 35. §. 2. Cod. eodem.

(g) L. 36. pr. Cod. de inoff. test.

(h) L. 12. et seq. Cod. de collat.

(i) L. 1. §. 16. ff. de collat. Die Worte sind: Sed an id quod dignitatis nomine a patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus?

die auf seine Würde gemachten Auslagen, wegen der mit derselben verbundenen Lasten zum Voraus haben soll, wenn nicht der Vater ausdrücklich verordnet, daß auch diese bey der Abtheilung eingeworfen werden sollen, in welchem Falle jedoch die Alimente weggerechnet werden (k).

§. 54.

Die Rechtsmittel, um den Pflichttheil zu erhalten, sind verschieden. Sind die Kinder, Aeltern oder Geschwister im Besitz der Verlassenschaft, so haben sie das Retentionsrecht (l) so wie dieses Rechtsmittel auch Platz greift, um die falcidische, und trebellianische Quart zu erhalten (m). Sind sie aber nicht im Besitz der Erbmasse, so haben diejenigen, die auf den Pflichttheil zu Erben ernannt sind, nach Verschiedenheit der Umstände das interdictum: quorum bonorum, oder das remedium ex L. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo, oder die petitionem hereditatis, oder actionem familiæ erciscundae; die Geschwister aber, wenn sie in dem Pflichttheile

Et ait Papinianus Lib. XIII. Quaestionum, non esse cogendum: hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere.

(k) Arg. L. 11. Cod. de negot. gest.

(l) L. 21. Cod. fam. ercisc.

(m) L. 1. §. 9. ff. ad leg. falc. §. 7. J. de fid. hered. L. 1. Cod. ad SCtum Treb.

theile nicht zu Erben eingesetzet sind, haben actionem personalem ex testamento, oder actionem hypothecariam, weil diese Klage auch den Vermächtnißnehmern zusteht. Ist Jemanden weniger hinterlassen, als der Pflichttheil beträgt, so hat er actionem expletoriam auf die Ergänzung desselben. Haben die Kinder, Aeltern, oder Geschwister sich eines Vergehens schuldig gemacht, aus welchem sie enterbt werden können, so haben sie auf keinen Pflichttheil Anspruch (n). Wenn der Erbe die Erbschaft ohne Errichtung einer Inventur antritt, so verliert er deswegen den Pflichttheil nicht; denn diese Strafe ist in keinem Gesetze angeordnet.

§. 55.

Westenberg behauptet (o), daß der Pflichttheil die Stelle der Alimente vertrete, daher auch schon im Naturrechte gegründet sey, woraus er den Schluß zieht, daß er nicht einmal durch Gesetze und Statuten entzogen werden könne.

Es unterliegt gar keinem Zweifel, daß den Kindern, die noch nicht erzogen, und sich selbst zu ernähren ausser Stande sind, wie auch den dürftigen Aeltern der nöthige Unterhalt schon nach den natürlichen Gesetzen abzureichen sey; und daß die Verbindlichkeit solchen Kindern und Aeltern die Alimente zu

leisten,

(n) Nov. 115. Cap. 3. et 4.

(o) Westenberg loco citato.

leisten, auch durch Gesetze und Statuten nicht aufgehoben werden könne; aber es wird sich nie erweisen lassen, daß der durch die römischen Gesetze bestimmte Pflichttheil die Stelle des Unterhalts vertrete. Denn können wohl Kinder, die schon erzogen sind, ja vielleicht Reichthum und Ueberfluß besitzen, nach dem Naturrechte einen Unterhalt fordern? und doch gebührt auch diesen nach den Gesetzen der Pflichttheil. Haben nicht auch die ausser der Ehe erzeugten Kinder auf den Unterhalt Anspruch (p), da doch bey ihnen, wenn es um die Erbschaft des Vaters zu thun ist, von einem Pflichttheile keine Rede seyn kann? Wie kann man behaupten, daß der Pflichttheil, der in dem dritten Theile, oder in der Hälfte des ganzen Vermögens bestehet, die Stelle der Alimente vertreten, da bisweilen der blosse Pflichttheil den Sohn schon zu einem reichen Mann macht, bisweilen aber die ganze Erbmasse des Vaters zum Unterhalte des Sohnes nicht einmal hinreicht? Ich glaube daher, daß der Pflichttheil allerdings durch Statuten entzogen werden könne, wenn auch der nöthige Unterhalt, der Jemanden schon nach dem Naturrechte gebührt, dadurch nicht geschmälert werden kann, da sie eine ganz verschiedene Natur haben.

An-

(p) L. 5. §. 1. 4. ff. de agnosc. et alend. lib.

Anhang
aus dem
österreichischen Provinzialrechte.

§. 56.

Nach dem österreichischen Provinzialrechte haben Aeltern und Geschwister auf einen Pflichttheil keinen Anspruch (q). Von jeher hatten zwar in Oesterreich die Geschwister ein Intestaterbrecht, die Aeltern aber succedirten seit den ältesten Zeiten ihren Kindern nicht, ausser wenn sie im Testamente ausdrücklich von denselben zu Erben eingesetzt waren; erst K. Karl VI. ertheilte den Aeltern ein Intestaterbrecht in seiner für Oesterreich unter der Enns erlassenen Intestaterbfolgordnung (r). Allein von dem Rechte der Intestaterb-

(q) Man sehe: Con-et Discordantiam juris consuetudidinarii austriaci supra Anasum cum jure communi Authore Joanne *Weingärtler* Tit. XVIII. de inoff. test. pag. 128. Norimbergae 1674. Finsterwalder Pract. Observ. ad Consuet. Austr. cum jure rom. collatio. Tit. de inoff. test. *Suttinger* in suis manuscriptis lit. L. verb. Legitima. Daß den Geschwistern kein Pflichttheil gebühre. Accedit excelsum Regimen dd. 16. Sept. 1620. apud Weingärtler pag. 130.

(r) Man sehe Karls des Sechsten Satz- und Ordnung vom Erbrecht ausser Testament. 1720. fünften Titel §. 1. Die Worte sind: Obwolen bishero in diesem unserm Erz-Herzogtum Oesterreich unter der Enns in langwürigen Gebrauch

erbfolge läßt sich kein Schluß auf das Recht den Pflichttheil zu fordern machen. Indessen mögen doch einige geglaubt haben, daß nun die Aeltern, weil sie zur Intestaterbfolge zugelassen wurden, auch auf den Pflichttheil Anspruch machen können. Allein in der Streitsache zwischen Franz von Vollmayer, Freyherrn von und zu Rieden, und Christoph Marchese von Torelli, welchen seine Gemahlinn, die Tochter des Freyherrn von Vollmayer, mit Uebergehung ihres Vaters zu Erben eingesetzt hat, wurde von der löbl. n. ö. Regierung im Jahre 1740. den 30. Juny entschieden, daß der Vater nichts zu fordern habe (s).

§. 57.

brauch gewesen, daß keine Erbschaft ausser Testaments oder letzten Willens von denen Kindern zurück auf die Eltern gefallen; jedoch weilen Wir es der natürlichen Neigung, wie auch denen gemeinen beschriebenen Kayserlichen Rechten entgegen zu seyn befinden, so haben Wir solches aus Lands-Fürstlicher Macht, nach Vernehmung unserer getreu gehorsamsten Ständen hiemit allerdings aufgehebt. Setzen demnach, ordnen, und wollen, daß hinfüran die Erbschaften auch in aufsteigender Linie folgender Gestalten zugelassen seyn sollen; rc.

(s) Man sehe: Sammlung österr. Gesetze und Ordnungen vom Jahre 1721. bis zum Tod Karl VI. von Sebastian Gottlieb Herrenleben pag. 1137, Wien 1712.

§. 57.

Den Kindern hingegen gebührt in Oesterreich aus dem frey vererblichen Vermögen der Pflichttheil ohne Last eben so, wie es im römischen Rechte verordnet ist; doch kann nach einhelliger Behauptung der österreichischen Rechtsgelehrten, und ungezweifelter Praxis, derselbe den Kindern unter was immer für einem Titel z. B. eines Vermächtnisses hinterlassen werden; die Aeltern sind daher nicht schuldig, ihre Kinder auf den Pflichttheil zu Erben einzusetzen. Ist aber den Kindern weniger hinterlassen worden, als der Pflichttheil beträgt, so haben sie actionem expletoriam auf Ergänzung desselben. Doch können die Töchter aus dem Herrn- und Ritterstande, welche zu Gunsten des Mannsstammes auf die väterlichen Güter Verzicht geleistet haben, aus demselben keinen Pflichttheil fordern, wenn bey dem Tode des Vaters noch Jemand vom Mannsstamme, zu dessen Gunsten die Verzicht geschah, vorhanden ist (t).

§. 58.

(t) Finsterwalder Obs. 29. loc. cit. *Suttinger* in suis manuscriptis Lit. V. verb. Verzichten. Dort heißt es: Es ist auch dem Lands-Brauch nach bey denen vom Herren-Stand und Adel ein Vater seiner verziehenen Tochter einige legitimam in seinem Testament zu verordnen nit schuldig, sondern dieselbe muß mit ihrem Heurathguth und Landesbrauchiger Abfertigung sich allerdings befriedigen lassen.

§. 58.

Der Pflichttheil der Kinder beträgt auch in Oesterreich so, wie nach dem gemeinen Rechte, den dritten Theil, oder die Hälfte des ganzen Vermögens, je nachdem vier oder weniger Kinder vorhanden sind, oder sich die Zahl derselben auf fünf oder mehrere beläuft (u). Eben so wird der Pflichttheil nach Abzug der Schulden, von dem ganzen Vermögen, welches die Aeltern bey ihrem Tod hinterlassen, berechnet. Doch ist im dritten Hauptstücke des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches §. 122. verordnet: „Wenn „eine Wittwe nach dem Tode ihres Mannes mit Rück„ständen von dessen Lebzeit hervorkömmt, und Kin„der des Manns vorhanden sind, so sollen diejeni„gen Rückstände, welche über drey Jahre alt sind, „nicht vor Bestimmung des Pflichttheils abgezogen, „sondern unter der Verlassenschaft, wovon der Pflicht„theil auszumessen ist, gelassen, und nur nach er„folgter Bestimmung des Pflichttheils aus demjeni„gen Betrage bezahlet werden, worüber der Verstor„bene willkührlich anzuordnen berechtiget war.“

§. 59.

In Rücksicht des Pflichttheiles, der den unehlichen Kindern hinterlassen werden muß, hat das Patent

(u) *Weingärtler* loc. cit. Finsterwalder. loc. cit *Suttinger*. loc. cit.

tent vom 22. Februar 1791 *) Folgendes verordnet: „Bei Abgang ehlicher Kinder kann die Mutter einem „solchen unehlichen Kinde (welches von zwey Perso„nen gezeuget worden ist, zwischen welchen keines „der in dem §. 14. 15. 17. 19. 23. und 25. des „dritten Hauptstückes des bürgerlichen Gesetzbuches „enthaltenen Ehehindernisse bestand) auch durch letzt„willige Anordnung den Pflichttheil nicht entziehen, „welcher ihm in diesem Falle, gleich einem ehlichen „Kinde zuzukommen hat. Doch kann das unehliche „Kind, wenn es von der Mutter in dem Testamente „übergangen worden wäre, die Giltigkeit des Testa„ments selbst nicht bestreiten, sondern nur sein Recht „auf den Pflichttheil geltend machen. Wenn die Ael„tern des unehlichen Kindes in der Folge sich ehligen, „tritt das vor der Ehe von ihnen erzeugte Kind von „der Zeit dieser eingegangenen Ehe an, ohne also ei„nem ehlichen Kinde das Recht der Erstgeburt zu ent„ziehen, sowohl in Ansehung des Vaters, als der „Mutter und der beiderseitigen Verwandtschaft, in „alle Rechte eines ehlichen Kindes.“ Ein solches legitimirtes Kind hat also auch alsdann vom Vater und von den Großältern den Pflichttheil zu fordern. „Doch ist auch dieses nur von dem Falle zu verste„hen, wenn zur Zeit der Erzeugung oder der Geburt

„des

*) Man sehe Leopolds des Zweyten Gesetze und Verfassungen im Justizfache Nro. 115. lit. (i).

„des Kindes die Ehe zwischen den Aeltern ohne eines „der oben angedeuteten Hindernisse hätte bestehen „können. Wäre das unehliche Kind zur Zeit der Ver„ehligung seiner Aeltern nicht mehr am Leben, so hat „diese Verehligung auf die von demselben etwa vor„handenen Enkel keine Wirkung *).

§. 60.

Auch die adoptirten Kinder haben in Oesterreich keinen Pflichttheil aus dem Vermögen des Adoptivvaters zu fordern. Denn der §. 30. des vierten Hauptstückes des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches lautet so: „Ist dem Wahlkinde an dem Vermögen des „Wahlvaters ein gewisser Antheil bestimmet worden, „so kann dieser Theil ihm nicht anders, als wegen „solcher Ursachen benommen werden, wegen welcher „auch leibliche Kinder enterbet werden mögen. Ausser „diesem Antheile aber hat das Wahlkind auf einen „weitern Erb- oder Pflichttheil kein Recht" (x).

§. 61.

Die Ursachen, aus welchen in Oesterreich die Kinder von dem Pflichttheile ausgeschlossen werden können, sind eben diejenigen, die im römischen Rechte bestimmt sind, in soweit dieselben nicht offenbar unseren Sitten und unserer Verfassung entgegen sind (y).

Durch

*) Man sehe oben §. 9.

(x) Man sehe die Abweichung vom gemeinen Recht oben §. 10.

(y) Nov. 115. Cap. 3. 4.

Durch den §. 12. im dritten Hauptstücke des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches wurde aber noch eine neue Enterbungsursache für die großjährigen Kinder eingeführt; nämlich wenn sie ohne, oder wider Willen des Vaters oder väterlichen Großvaters eine Ehe schliessen, zu welcher diese aus einer vom Gerichte für gründlich anerkannten Ursache ihre Einwilligung verweigerten.

Sätze

aus

sämmtlichen Rechts- und Staatswissenschaften.

Aus dem Naturrechte.

1. Sein Leben zu erhalten, seinen Zustand zu vervollkommnen, sind Grundpflichten gegen sich selbst. Selbstmord ist also den natürlichen Gesetzen entgegen.

2. Es ist nicht erlaubt, die Ehre mit dem Tode des ungerechten Angreifers zu vertheidigen; und ebenso ist der Zweykampf verboten.

3. Die Ergreifung einer herrnlosen Sache ist eine ursprüngliche Erwerbungsart.

4. Das Naturrecht kennet keine Verjährung, obschon wichtige Gründe die Einführung derselben im Staate anrathen.

5.

5. Ein durch ungerechte Furcht erpreßter Vertrag ist ungiltig.

6. Das Wesen der Ehe fordert eben nicht, daß sie nach dem Naturrechte schlechterdings unauflösbar sey.

Aus dem allgemeinen Staats- und Völkerrechte.

7. Staaten sind das einzige taugliche Mittel, die äussere Glückseligkeit der Menschen nach Möglichkeit zu befördern; sie sind also durch das Naturgesetz geboten.

8. Der Unterthan ist im Gewissen verbunden, die vom Regenten gegebenen Gesetze zu beobachten.

9. Es ist von Seite des Regenten gerecht, seinen Unterthanen die Ausübung jeder dem Staate unschädlichen Religion zu gestatten.

10. Nur eine Verletzung, die auf gelindere Art nicht abgewendet werden kann, ist eine gerechte Ursache zum Kriege.

11. Die Regierung ist den von ihrem Gesandten geschlossenen Frieden genehm zu halten verbunden, wenn er die Gränzen des Beglaubigungsschreibens beobachtet hat.

Aus dem gemeinen bürgerlichen Rechte.

12. Die gemeine Einrede des nicht zugezählten Geldes kann nach zwey Jahren noch entgegengesetzt werden.

13. Das Recht des Nießbrauches kann auf einen dritten nicht übertragen werden; geschieht es aber doch, so fällt der Nießbrauch auf den Proprietär.

14. Der Erblasser kann im Testamente dem Nutzniesser, dem er den Nießbrauch vermacht hat, die dem Proprietär zu leistende Kaution nicht erlassen.

15. Wenn auch der Kläger von seiner Seite nichts erwiesen hat, so kann er doch dem Beklagten den Haupteid auftragen.

16. Die Schenkung von Todeswegen fordert zu ihrer Giltigkeit die Annahme des Beschenkten.

17. Der Pflichttheil ist kein Theil des Intestaterbtheiles, sondern der ganzen Erbschaft (Portio legitima non est portio portionis ab intestato debitae, sed totius substantiae.

18. Bey Ausmessung des Pflichttheiles muß auch der mit Recht Enterbte mitgezählet werden.

19. Ein Erbe, der ohne Errichtung einer Inventur die Erbschaft angetreten hat, verliert den falcidischen Vierttheil.

20. Die vom Vater unternommene Veräusserung eines Familienfideikommisses kann den Kindern, wären sie auch noch nicht empfangen, zu keinem Nachtheil gereichen.

Aus

Aus dem peinlichen Rechte.

21. Der Richter kann denjenigen, der gesetzmässig als ein Verbrecher überwiesen ist, doch nicht zum Tode verurtheilen, wenn er von dessen Unschuld durch Privatwissenschaft überzeugt ist.

22. Entehrende Strafen sind nie allgemein anzurathen, und nur mit der größten Behutsamkeit erst dann anzuwenden, wenn andere Strafen unzulänglich sind.

Aus dem allgemeinen, besonderen, und deutschen Kirchenrechte.

23. Alle Bischöfe, als Nachfolger der Apostel haben von Christo eine gleiche geistliche Gewalt erhalten.

24. Doch ist auch ein Primat im göttlichen Rechte gegründet.

25. Dem Regenten kömmt es zu, mit den Kirchengütern als einer Gattung der Staatsgüter nach ihrem eigenthümlichen Endzwecke zu verfügen, und die Religionslehrer aus denselben zu besolden.

29. So steht auch dem Regenten das Recht zu, die Kirchenverordnungen vor ihrer Kundmachung dem Placeto regio zu unterwerfen.

27. Das Recht, trennende Ehehindernisse festzusetzen, oder aufzuheben, steht allein dem Regenten zu.

28. Die Vervielfältigung der Pfründen in einer Person ist dem Willen des Stifters, und den Kirchenverordnungen entgegen.

29. Der Kaiser bedarf zu Ausübung des Rechtes der ersten Bitte keines päbstlichen Indults.

Aus dem deutschen Staats- und gemeinen Lehenrechte.

30. Die Reichstagsstimme richtet sich nach der Religion des Landesherrn.

31. Auch ein katholischer Landesherr hat die geistliche Gerichtsbarkeit über seine protestantischen Unterthanen.

32. Das im westphälischen Frieden festgesetzte Normaljahr steht der Einführung einer, der Landesreligion unnachtheiligen Religionsübung nicht entgegen.

33. Auch die uneigentliche Belohnung (investitura abusiva) wirkt schon ein dingliches Recht.

34. Weiber folgen nur dann im Lehen, wenn solches durch einen Vertrag ausgemacht ist, oder wenn sie das Lehen gleich anfangs erworben haben.

Aus den politischen Wissenschaften.

35. Wenn öffentliche Krankenhäuser ihrem Zwecke ganz entsprechen sollen, müßen mittellose Kranke leicht, unentgeltlich, und ohne Förmlichkeit aufgenommen werden.

36.

36. Wenn der Zusammenfluß der Verkäufer Wohlfeilheit der Feilschaften nach sich ziehen soll, so müssen diese zugleich Erzieler seyn.

37. Der Ackerbau ist die Quelle, woraus der Staat seine Kräfte zieht, daher müssen alle Hinderniße entfernt werden, die demselben aufstossen können.

38. Qualitätenordnungen, und strenge Beschauanstalten befördern den auswärtigen Handel.

39. Unter die schädlichsten Einhebungsarten gehört die Verpachtung der öffentlichen Einkünfte.

